Güterabwägung und Verletzung Dritter im Gebiete der Notwehr.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Juristischen Fakultät
der
Philipps-Universität
zu
Marburg,
vorgelegt von

Oskar Eisenmann,
Gerichtsreferendar aus Altona.

Quakenbrück
Druck: Handelsdruckerei C. Trute
1929.

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen im Mai 1928.

Berichterstatter: Professor Dr. E. Mezger.

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Ahsbahs: Die Grundlinien des Notwehrrechts. 1903.
v. Alberti: Das Notwehrrecht. 1901.
Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz. 1909.
Baumgarten: Notwehr und Notstand. 1911.
Beling: Grundzüge des Strafrechts. 6./7. Aufl. 1920.
Berolzheimer: System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. V: Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform. 1907.
Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1913.
Binding: Handbuch des Strafrechts. Bd. I. 1885.
Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. II. Bd. 1. Hälfte. 1914. — IV. Bd. 2. Abt. 1920.
Braun: Vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen Unbeteiligter bei Notwehrhandlungen. Die Putativnotwehr. Diss. Erlangen 1900.
v. Buri: Notstand und Notwehr, in Ger. Saal Bd. 29, Beil. S. 106; Bd. 30 S. 434 ff.; Bd. 37 Beil. S. 25.
van Calker: Vom Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand, in Z. Str. W. Bd. 12 S. 443 ff.
van Calker: Strafrecht. 1927.
Coenders: Zur Lehre vom Notrecht, in Jur. Woch. 1925 S. 891 ff.
v. Czarnecki: Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande und bei der Notwehr. Diss. Breslau 1909.
Demling: Zur Lehre von Notwehr und Notstand unter Berücksichtigung des Deutschen und Oesterreichischen Vorentwurfs von 1909 (1912), des Schweizerischen Vorentwurfs von 1908 und des Russischen Strafgesetzbuches vom 22. III. 1903. Diss. Breslau 1916.
Ditten: Die Grenzen zwischen Notwehr und Notstand im Strafrecht. Diss. Rostock 1924.
Graf zu Dohna: Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand, in Z. Str. W. Bd. 33 S. 125 ff.
Graf zu Dohna: Recht und Irrtum. 1925.
Ebermayer: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. Bd. 1904.
Fischer: Kann sich derjenige auf Notwehr berufen, dem die Möglichkeit der Flucht offen stand? Diss. Erlangen 1896.
Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 16. Aufl. 1925.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.
Gerland: Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. Kritische Bemerkungen. — 1925.
Geyer: Die Lehre von der Notwehr. 1857.
Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884/85.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1887.
Heimberger: Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit und Verwandtes, bei Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts nach dem Entwurf von 1925, S. 76 ff. — 1926.
Heimberger: Die Notwehr im Strafgesetzentwurf von 1927, in DJZ. 1927 Sp. 1378 ff.
v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, in Z. Str. W. Bd. 42 S. 404 ff.
v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, in Z. Str. W. Bd. 47 S. 18 ff.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht. I. Bd.: Allgemeine Grundlagen. 1925.
Höinghaus: Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit den amtlichen Motiven. 1870.
Hold v. Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. II. Bd. 1. Abt. Notstand und Notwehr. 1905.
Janka: Der strafrechtliche Notstand. 1878.
Klingmann: Die Notrechte unter Berücksichtigung der Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch und der Verletzung Unbeteiligter. Diss. Heidelberg 1915.
Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. 1917.
Kroner: Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr. Diss. Göttingen 1897.
v. Langsdorff: Das allgemeine Notstandsprinzip der Verhältnismäßigkeit. Diss. Göttingen 1919.
Levita: Das Recht der Notwehr. 1856.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25 Aufl. 1927.
Löffler: Unrecht und Notwehr, in Z. Str. W. Bd. 21 S. 537 ff.
Löffler: Rechtswidrigkeit, Notwehr, Notstand, in „Der deutsche Strafgesetz-Entwurf“, herausgegeben von Prof. Gleispach. 1921. S. 27 ff.
Markiewitz: Grenzgebiete von Notwehr und Notstand. Diss. Breslau 1912.
M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1923.

Merkel-Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. 1912.
R. Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895.
Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente, in Ger. Saal Bd. 89 S. 207 ff.
Mezger: „Die Reform des Strafrechts“, Literaturbericht in Z. Str. W. Bd. 47 S. 471 ff.
Oetker: Ueber Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerl. Gesetzbuches. 1903.
Oetker: Notwehr und Notstand, in: Vergleichende Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. II. Bd. S. 255 ff.
Oetker: Neuregelung von Notwehr und Notstand, in DJZ. 1908 Sp. 615 ff.
Ogorek: Die Begrenzung der Notwehr und des Notstandes. Diss. Greifswald 1904.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 12. Aufl. 1892.
Schaun: Die Verletzung Unbeteiligter durch Nothandlungen nach Straf- und Zivilrecht. Diss. Köln 1923.
Schollmeyer: Das Recht der Notwehr nach dem Bürgerl. Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 1899.
Schwartz: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1914.
Stammler: Darstellung .... der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. 1878.
Tobler: Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr. 1894.
Traeger: Die strafbare Handlung, in Ger. Saal Bd. 92 S. 289 ff. (305 ff.).
Traeger: Grundriß zur Vorlesung über Strafrecht.
v. Tuhr: Notstand im Zivilrecht. 1888.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Hälfte. 1918.
Wachenfeld: Strafrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. V. Bd. 7. Aufl. 1914. S. 3 ff. (18).

Einleitung.

§ 1. Das Wesen der Notwehr und die Güterabwägung.

Das geltende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich definiert im § 53 Abs. 2 die Notwehr dahin: „Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

Eine Tat, die in Notwehr begangen wird, ist nicht rechtswidrig [1]) (sog. Unrechtsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund). Eine solche Handlung begründet einerseits keinen Strafanspruch des Staates, andererseits keine Schadensersatzpflicht des Notwehrers.

Die gesetzliche Definition der Notwehr enthält keine Bestimmung darüber, daß bei der Verteidigung ein bestimmtes Wertverhältnis zwischen dem angegriffenen und dem verletzten oder gefährdeten Rechtsgut erfordert wird (kein Prinzip der Güterabwägung oder Verhältnismäßigkeit). Die Grenzen der Verteidigung werden vom Gesetz vielmehr nur dahin festgelegt, daß alles straflos ist, was erforderlich ist, um die durch den Angriff drohende Verletzung abzuwenden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes richtet sich das Maß der Verteidigung ausschließlich nach der Intensität des Angriffs.

Man darf den dreisten Angreifer niederschießen, um den Besitz einer Blume oder eines Streichholzes zu verteidigen, sofern diese energische Abwehr der Heftigkeit des Angriffs entspricht. Unerheblichkeit des Wertes des verteidigten Rechtsgutes — dieser rigorose, ja brutale Standpunkt ist, wie M. E. Mayer scharf betont [2]), die Seele des geltenden Rechts.

Wie erklärt sich dieser Standpunkt des Gesetzes? Die Frage wird meist kurz mit dem Hinweis auf den Rechtsgrund der Notwehr beantwortet. Wie schon die römischen Juristen ein natürliches Recht der Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff annahmen [3]), so hat auch die Notwehr nach heute viel verbrei-

---

[1]) So wörtlich der Entwurf 1927 § 24. Bereits nach geltendem Recht unbestritten (vgl. auch § 227 Abs. 1 BGB: „nicht widerrechtlich“).

[2]) 280.

[3]) § 27 D. 43, 16: „Vim vi repellere licere . . . ius natura comparatur“. Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Levita, 31—52.

teter Lehre unmittelbar im Wesen des Rechts ihre Wurzel [4]) [5]). Notwehr ist die natürliche Reaktion des Rechts gegen das Unrecht. Hälschner sagt es deutlich: „Dürfte von angeborenen, von Urrechten des Menschen die Rede sein, so würde vor allem das Recht der Notwehr als solches zu bezeichnen sein [6]).

Von dem gleichen Gedanken gehen auch offenbar die Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund aus. Es heißt dort S. 102: „Den unbestrittenen Grundsatz, daß Notwehr ein Recht sei und daß die Ausübung eines solchen Rechtes niemals eine Strafbarkeit begründen könne, bringt der § 48 zum Ausdruck" (der mit § 53 Abs. 2 St. G. B. gleichlautet). Als logische Folge einer solchen Auffassung vom Wesen der Notwehr wird dann meist ein schlechthin unbeschränktes und unbeschränkbares Verteidigungsrecht vertreten. Aus der Natur des Rechts und des Unrechts oder, um Hegels zugespitzte Formulierung zu gebrauchen, aus dem Gegensatz des absolut Seienden zu dem absolut Nichtigen ergebe sich, daß jedes Mittel erlaubt ist, um dem Recht den Sieg über das Unrecht zu verschaffen. „Unrecht braucht sich niemand gefallen zu lassen. Wollte die Rechtsordnung Notwehr verbieten, so würde sie sich in direkten Widerspruch mit ihrer Aufgabe setzen. Denn sie würde damit Partei ergreifen auf der Seite des Angreifers, also des Unrechts. Von diesem Grundprinzip aus ergibt sich nun einmal, daß von einem Erfordernis der Proportionalität der durch den Angriff und der durch die Verteidigung gefährdeten Rechtsgüter nicht die Rede sein kann" [7]).

Demgegenüber mehren sich in neuerer Zeit die Stimmen, die auf die unerträglichen Folgen eines uneingeschränkten Notwehrrechts hinweisen. An zahlreichen Einzelbeispielen hat man darzulegen versucht, daß die heutige Regelung des Notwehrrechts dem gesunden Verstand und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufe. Man empfindet es als eine Ueberspannung des Rechts, wenn zum Schutz der geringwertigsten Dinge die wertvollsten Güter des Angreifers vernichtet werden dürfen. So prägte man das Wort von der Kannibalen- und Totschlagsmoral und erhob vielfach den Ruf nach Ethisierung des Strafrechts. Der — zugegebenermaßen nicht schlechthin befriedigenden — Regelung des geltenden Rechts suchte man auf den verschiedensten Wegen abzuhelfen. Während bereits de lege lata ein kleiner Teil der Schriftsteller die Ansicht vertritt, daß jede recht-

---

[4]) Vgl. z. B. Allfeld 124, v. Bar 140, Fischer 12 ff.

[5]) Zu den Vertretern dieser Lehre rechnen wir auch die große Zahl derer, die den Rechtsgrund der Notwehr in der „Reaktion des Rechts gegen das Unrecht" sehen. Vgl. z. B. Löffler in Z. St. W. 21, 567 f. und bei Gleispach 29, Oppenhoff § 53 Anm. 2, Jhering, Kampf ums Recht. Der im Schrifttum immer wiederkehrende Satz „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen" trägt zur inneren Begründung der Rechtmäßigkeit eines uneingeschränkten Notwehrrechts auch nicht das geringste bei. Er enthält nichts weiter als die Konstatierung einer Tatsache.

[6]) I, 477.

[7]) Schollmeyer 4.

mäßige Notwehr eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen dem Verletzungsgute und dem zu rettenden Gute voraussetze, lassen andere ein uneingeschränktes Notwehrhandeln zwar zum Schutze der Person zu, fordern aber beim Vorliegen reiner Vermögensnotwehr eine gewisse Verhältnismäßigkeit. Wieder andere scheiden gewisse leichte Angriffe, die keine oder keine irgendwie erhebliche Gefahr für den Angegriffenen begründen, aus dem Gebiete der Notwehr überhaupt aus („Unfugabwehr"). Die meisten Schriftsteller, die einer Einschränkung der Notwehr das Wort reden, machen allerdings ihre mehr oder weniger weitgehenden Vorschläge de lege ferenda. Alle diese Bestrebungen, deren Berechtigung anerkannt werden muß, haben schließlich zur Aufnahme einer einschränkenden Bestimmung in den Reichstagsentwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1927 geführt [8]).

Wenn man wie wir mit der herrschenden Meinung der Ansicht ist, daß dem geltenden Recht eine Einschränkung der Notwehr im Sinne der Güterabwägung fremd ist, ihre Einführung in bestimmten Grenzen jedoch für erstrebenswert hält, so erwächst uns zur Klarstellung des ganzen Problems die Pflicht, diese unsere Forderung in wissenschaftlicher Weise einleuchtend zu begründen. Es muß versucht werden nachzuweisen, daß eine Einschränkung der Notwehr nicht mit dem Wesen der Notwehr selbst in Widerspruch steht. Gelingt dies, so lassen sich vielleicht schon aus dieser grundsätzlichen Betrachtung wertvolle Schlüsse für die Neugestaltung des Notwehrrechtes ziehen. Die bisherigen Vorschläge, so beachtenswert sie im einzelnen sein mögen, lassen eine tiefere Begründung ihrer Forderungen meist vermissen. Mit dem Schlagwort von der Totschlagsmoral und dem Verlangen nach ethischer Durchdringung des Rechts läßt sich die Einführung der Güterabwägung nicht kurzerhand rechtfertigen. Solchen allgemeinen Erwägungen läßt sich mit Recht entgegenhalten, daß das Antlitz des Rechts streng ist und daß ein Gesetzbuch kein Moralkatechismus ist, der die Rechtsunterworfenen zur Gesinnungstüchtigkeit erziehen soll. Wir müssen also juristische Gründe bringen, behaupten doch gerade die Gegner, die juristische Natur der Notwehr verbiete von selbst jede Einschränkung.

Die oben geschilderte weit verbreitete Auffassung über den Rechtsgrund der Notwehr ist abzulehnen, sie ist durchaus naturrechtlich; sie stützt sich auf ein natürliches, ein unabhängig von der Rechtsordnung bestehendes Recht. Daß ein Notwehrrecht dieser Art nicht existiert, wird schlagend durch die rechtsgeschichtliche Tatsache widerlegt, daß eine Reihe alter Rechte die Notwehr entweder überhaupt nicht oder nur als Strafmilderungsgrund oder nur mit Einschränkungen anerkannt haben. Ein Recht der Notwehr kann daher nur soweit bestehen, als es von der Rechtsordnung anerkannt wird. „Außerhalb, jenseits der Rechtsordnung, gibt es überhaupt kein Recht und keine subjektiven Rechte. Das subjektive Recht kann

---

[8]) Darauf sowie auf die von der Reichstagskommission beschlossene Beseitigung dieser Bestimmung wird unten näher eingegangen (§ 9).

daher stets nur Folge der ergangenen rechtlichen Regelung sein, nicht Ursache oder Voraussetzung der Rechtsbestimmungen" [9]).

Die Ablehnung der naturrechtlichen Gedankengänge schließt selbstverständlich eine rechtsphilosophische Betrachtungsweise des Problems nicht aus. Zu dessen tieferer Erfassung ist vielmehr gerade ein Rückgriff auf die grundlegenden Begriffe von Recht und Unrecht dringend geboten.

Endzweck allen Rechts im Sinne empirisch-subjektiver Wertungen ist das Streben nach größtmöglicher Befriedigung der größtmöglichen Zahl von Interessen, die „Erreichung des kompossiblen Maximums der Interessenbefriedigung im sozialen Zusammenleben" [10]) [11]). Nach diesem allem Recht zugrunde liegenden obersten Ziel bestimmt sich die Aufgabe des Rechts, „ein äußerlich geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten; die innere Besserung der Rechtsgenossen soll und darf es nur insoweit zu fördern suchen, als diese notwendig ist zur Erreichung jener spezifischen Aufgabe einer äußerlich fest gehaltenen Legalität. Wo das Recht diese seinem Wesen allein entsprechende Selbstbeschränkung vergißt und wo es dementsprechend die feinen Grenzen, die ihm gegenüber der Moral gezogen sind, übertritt, da wird sein Streben immer wieder in der Erkenntnis der eigenen Ohnmacht endigen müssen. Sein Schwert wird schartig, wo ein übertriebener Subjektivismus seine Eigenart und die Klarheit seines Aufbaus zerstört." Aus der Erkenntnis, daß alles Recht und alles Strafrecht in erster Linie objektiv orientiert sein muß, ergibt sich der Satz: „Recht ist objektive Lebensordnung, Unrecht also die Verletzung dieser objektiven Ordnung." „Der wirkliche „Gegenstand", den das Recht schützt und um deswillen es das Unrecht verbietet, ist die Willenssphäre, das „Interesse" der verletzten Person. Dieses Interesse ist das Schutzobjekt des Rechts." Damit ist auch der materielle Gehalt des Unrechts gegeben: er liegt in der Verletzung menschlicher Interessen.

Die Funktion des Rechts ist danach die Anerkennung von Interessen. Der einzige Zweck des Strafgesetzes ist „der Schutz menschlicher Interessen mittels Verhütung ihrer Beeinträchtigung durch menschliche Handlungen. Der Verletzte und sein Interesse bilden den Angelpunkt des ganzen Rechts und des Strafrechts insbesondere. Als Schutz- und Angriffsobjekt des Verbrechens kommt nur ein auf irgend ein Gut bezogenes menschliches Interesse in Frage" [12]).

Die von der Rechtsordnung geschützten menschlichen Lebensinteressen (die Angriffsobjekte des Unrechts), z. B. die Staatssicher-

---

9) Berolzheimer 86.

10) Wir folgen hier Mezgers grundlegenden Ausführungen (G. S. Bd. LXXXIX S. 239 ff.). — Die Zitate ohne Anmerkungen beziehen sich auf Mezgers angeführte Abhandlung.

11) Wesentlich übereinstimmend Liszt-Schmidt 175, 178.

12) Ebenso z. B. M. E. Mayer 21: „Das Recht schafft eine Gruppe rechtlich geschützter Interessen . . . . es ist Rechtsgüterschutz"; Liszt-Schmidt 173.

heit, das Leben, die Freiheit, das Eigentum, pflegt man als Rechtsgüter zu bezeichnen[13]). Der Ausdruck „Rechtsgut" enthält in seinem Bestandteil „Gut" den relativen Begriff des W e r t e s[14]). Wenn man daher von Rechtsgütern spricht, so werden damit ganz allgemein irgendwelche im sozialen Leben w e r t v o l l e Beziehungen und Verhältnisse der Menschen, menschliche Kulturwerte bezeichnet. Der Gesetzgeber hat eine bestimmte Rangordnung unter ihnen vorgenommen, die im Strafgesetz durch die sorgsame Abstufung der Strafdrohungen zum Ausdruck kommt. Zu der Festlegung solcher Wertrelationen gelangt der Gesetzgeber auf Grund von Erwägungen über Schutzwürdigkeit, Schutzbedürftigkeit und Schutzfähigkeit der einzelnen Rechtsgüter[15]).

Die Notwehr gehört ganz unbestritten zu den Unrechtsausschließungs- (Rechtfertigungs-) gründen. Solche finden sich in großer Zahl über das gesamte (einheitlich zu denkende) Rechtsgebiet verstreut. Einzelne sind ausdrücklich im positiven Recht aufgeführt und daher unschwer als solche zu erkennen. Ihre Zahl ist jedoch verhältnismäßig klein. Bei weitem die Mehrzahl der Fälle, in denen eine Handlung den äußeren Tatbestand eines Verbrechens erfüllt, aber dennoch nicht rechtswidrig ist, muß aus dem Zusammenhang des gesamten Rechts, dem Grundgedanken der positiven Gesetzesbestimmungen, die unzweifelhaft Unrechtsausschließungsgründe enthalten, erschlossen werden. Dieser Grundgedanke ergibt sich aus der hier im Anschluß an Mezger vertretenen Unrechtsauffassung: „Alles Unrecht ist seinem materiellen Gehalt nach I n t e r e s s e n v e r l e t z u n g. Wo daher das Unrecht ausnahmsweise entfallen, also ein sog. R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d gegeben sein soll, da können hierfür nur zwei Momente maßgebend sein: e n t w e d e r es entfällt aus irgend einem Grunde das sonst im Unrecht verletzte Interesse („P r i n z i p d e s m a n g e l n d e n I n t e r e s s e s") o d e r es steht diesem Interesse ein höherbewertetes anderes Interesse gegenüber, das das Unrecht zum Recht erhebt („P r i n z i p d e s ü b e r w i e g e n d e n I n t e r e s s e s")"[16]). Jeder Unrechtsausschließungsgrund fügt sich einem dieser beiden Gesichtspunkte. Uns interessiert hier ausschließlich die zweite Gruppe, das Anwendungsgebiet derjenigen Fälle, denen das Prinzip der G ü t e r a b w ä g u n g zugrunde liegt, vermöge dessen für den Handelnden ein b e s o n d e r e s N o t r e c h t begründet wird. Es sind die Notwehr, der gesetzlich geregelte Notstand und die Fälle der s o g. I n t e r e s s e n k o l l i s i o n[17]).

---

[13]) Vgl. dazu v. Hippel, Deutsch. Strafrecht, 1. Bd. (1925), 10 ff., Allfeld 17.

[14]) Dieser Begriff enthält eine doppelte Relation: „für jemanden" (relativ) und „im Vergleich mit etwas" (komparativ).

[15]) Vgl. dazu M. E. Mayer 22 ff.

[16]) Mezger 270 ff.

[17]) Die systematische Betrachtung muß im folgenden außer auf die Notwehr auch auf die anderen hierhergehörigen Fälle kurz eingehen, da diese für den zweiten Teil unserer Darstellung von Bedeutung sind.

Die Situation von Notwehr und Notstand sowie der Fälle der sog. Interessenkollision ist insofern die gleiche, als sie alle einen Zustand der Gefahr voraussetzen, aus dem sich ein Träger von Rechtsgütern nur durch Verletzung oder Gefährdung eines fremden Rechtsgutes befreien kann [18]. Der Rechtsgrund für die unrechtsausschließende Wirkung von Handlungen, die in solcher Zwangslage vorgenommen werden, ist „der nur bedingte Wert, der einem jeden Rechtsgute zukommt, wonach es, wenn die Kollision nicht anders zu lösen ist, teils dem wichtigeren und umfassenderen, teils aber auch dem dem Träger näherstehenden Rechtsgute zu weichen bestimmt ist“ [19]. Damit ist für den gesamten Kreis der Notrechte die systematisch erforderliche einheitliche Begründung aus dem Gesichtspunkte des „überwiegenden Interesses“ gegeben. Ausschlaggebend für die Frage, ob im Einzelfall ein Notrecht vorliegt oder nicht, ist mithin das Wertverhältnis, in dem die beiderseitigen Beeinträchtigungen zueinander stehen („Güterabwägungstheorie“). Maßstab der Interessenabwägung sind sowohl die im positiven Recht enthaltenen Wertungen als auch die im Leben geltenden, d. h. allgemein anerkannten Kulturanschauungen [20].

Wir betrachten zunächst kurz den gesetzlich geregelten Notstand und die sog. Interessenkollision. Hauptsächlich im Rahmen dieser Fälle hat bisher in Theorie und Praxis die Güterabwägungstheorie eine Rolle gespielt. Die Fälle weisen gegenüber der Notwehr den gemeinsamen Zug auf, daß hier „Recht gegen Recht“ (bzw. „Pflicht gegen Pflicht“ oder „Pflicht gegen Recht“) steht.

Das Leitmotiv des „überwiegenden Interesses“ klingt in einer ganzen Reihe von strafrechtlichen Normen innerhalb und außerhalb des Reichsstrafgesetzbuchs wieder. Die praktisch wichtigsten Fälle finden sich im St. G. B. und im B. G. B. Der § 54 St. G. B. behandelt den Notstand für Leib und Leben des Bedrohten oder eines Angehörigen. Er muß unverschuldet sein. Besondere Verhältnismäßigkeit wird hier nicht erfordert [21]. Leib und Leben erscheinen

---

[18]) So z. B. Kohler 46, Gerland 115, Allfeld 130, van Calker 27, Wachenfeld 18. — Daß auch die Notwehr systematisch hier einzureihen ist, erscheint nach unserer Stellungnahme nicht zweifelhaft. Auch die Worte des § 54 „außer dem Falle der Notwehr“ sprechen für die von uns vertretene Auffassung. Der Gesetzgeber hat offenbar den Notstand als den weiteren, die Notwehr mitumfassenden Begriff aufgefaßt. Anders die h. M., die der Ausdrucksweise des Gesetzes keine sachliche Bedeutung beimißt. Der unzweideutige Wortlaut des § 54 und vor allem die innere Verwandschaft von Notwehr und Notstand sprechen jedoch gegen die h. M.

[19]) Allfeld 130, 131. Stammler 75: „Alle Rechte sind bedingter Natur, bedingt durch die Möglichkeit des gesellschaftlichen Zustandes, des vernünftigen Beisammenlebens.“

[20]) Vgl. Graf zu Dohna, Recht u. Irrtum, 12. Ebenso R. G. 37, 151: ist eine Ausgleichung nicht anders möglich, „so muß das weniger wichtige Interesse oder Recht der bedeutungsvolleren Kulturaufgabe weichen.“ Vgl. ferner unten § 11.

[21]) Daher wird der Notstand des § 54 vielfach als bloßer Schuldausschließungsgrund angesehen. Vgl. dazu Liszt-Schmidt 189 ff., Frank Anm. III zu § 52, Graf zu Dohna 11 ff., van Calker 33, M. E. Mayer 304 ff.; Binding

als die wertvollsten menschlichen Lebensinteressen, denen in der höchsten Not alle andern, selbst gleichwertige Güter geopfert werden dürfen. Das gleiche Prinzip kehrt im § 193 St. G. B. (Wahrnehmung berechtigter Interessen) wieder [22]). Auch der Sonderfall des § 130 R. M. St. G. B. gehört z. B. hierher: „Als eine Plünderung ist es nicht anzusehen, wenn die Aneignung nur auf Lebensmittel, Heilmittel, Bekleidungsgegenstände, Feuerungsmittel, Fourage oder Transportmittel sich erstreckt und nicht außer Verhältnis zu dem vorhandenen Bedürfnis steht.“ Von besonderer Wichtigkeit auch für das Strafrecht sind die Vorschriften des B. G. B. Eingriffe in Sachgüter eines andern sind nicht widerrechtlich, wenn unter den Voraussetzungen des § 228 B. G. B. „der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht“ oder wenn im Sinne des § 904 B. G. B. „der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist“ [23]).

Die kasuistisch enge Regelung der Notstandsmaterie des geltenden Rechts ist wenig befriedigend. Sie wird, wie heute allgemein anerkannt ist, zahlreichen Lebenslagen nicht gerecht. Man denke nur an die strafrechtliche Behandlung der Perforation, des Züchtigungsrechts an fremden Kindern, der Wahrnehmung berechtigter Interessen im weiteren Sinne. Von der Pflichtenkollision ist überhaupt an keiner Stelle des Gesetzes die Rede. Die Behandlung der Gutskollision im Gesetz ist völlig ungenügend. Geringfügige Eingriffe auch in die persönliche Rechtsgüterwelt eines andern müssen z. B. erlaubt sein, wenn sie den Angreifer vor schwerem Schaden bewah-

---

(Normen 4, 346) hält die Notstandshandlung für „unverboten“ (dagegen Liszt-Schmidt 177 Anm. 10); Binding, Grundr. 194 f., führt aus: „Die dem Notstande gewidmeten §§ 52 und 54 des G. Bs. genügen nach keiner Seite ..... Sie lassen .... das Erfordernis der Proportionalität ganz unerwähnt. Sollen sie nicht zu schreienden Ungerechtigkeiten führen, so ist dies Erfordernis als von ihnen stillschweigend vorausgesetzt anzusehen.“ Das kann ohne weiteres nicht zugegeben werden. § 54 enthält einmal das Erfordernis „unverschuldet“, zum andern verlangt er einen „auf andere Weise nicht zu beseitigenden“ Notstand, und zwar nur für Leib oder Leben. Wenn die Vorschrift auch grundlegend verbesserungsbedürftig ist, so ergeben sich doch angesichts der erheblichen Einschränkungen de lege lata nicht allzu große Freiheiten, wie Binding u. a. annehmen. Im übrigen ist hier die Sachlage ähnlich wie bei der Notwehr (s. im Text weiter unten). Der Gesetzgeber hat die Abwägung der kollidierenden Interessen abstrakt vorgenommen. „Leib“ und „Leben“ erscheinen gleichsam als Gut „an sich“. Mit dem Text sehen im Notstand einen Rechtfertigungsgrund Mezger 311, Allfeld 130, Gerland 115, 116, Kohler 45, 49, Wachenfeld 17 f., sowie die früheren Auflagen des v. Lisztschen Lehrbuches und des Grundrisses von van Calker. — Bezüglich des § 52, der hier beiseite bleibt, vgl. Mezger 313 und Frank a. a. O.

[22]) Vgl. dazu Mezger 312, Binding, Lehrb. I, 152 Anm. 5, M. E. Mayer 284 f.

[23]) Ueber weitere besondere Notstandsfälle vgl. Allfeld 137 Ziff. XIII u. Anm. 37, Binding, Handb. 774 f., v. Langsdorff 17 ff., 25 ff.

ren[24]). Die notwendige Ergänzung und Erweiterung des Kreises der einzelnen positiv-rechtlichen Notrechte sehen wir gemäß unserer Grundauffassung mit Mezger in dem allgemeinen „Prinzip des überwiegenden Interesses“: jede Handlung ist Recht, die ein vom Rechte geringer bewertetes Interesse der Erhaltung eines höher bewerteten Interesses opfert[25]). Der Sache nach hat dieser Rechtsgedanke in der Wissenschaft heute weitgehende Anerkennung gefunden. So ist z. B. nach Graf zu Dohna[26]), M. E. Mayer[27]), Liszt-Schmidt[28]) jede Tatbestandsverwirklichung gerechtfertigt, wenn sie sich als das angemessene (berechtigte) Mittel zur Erreichung eines berechtigten (staatlich anerkannten) Zweckes darstellt. Die zwingenden praktischen Bedürfnisse haben schließlich auch zur Anerkennung dieses Gedankens, wenn auch in etwas eingeschränkter Form, durch das Reichsgericht geführt. In der grundlegenden Entscheidung — 1. Strafsenat vom 11. März 1927 — Bd. 61 S. 242 (254) stellt es[29]) folgenden Grundsatz auf: „In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden — Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung“[30]). Damit ist für die Praxis der Weg zu einer umfassenden, das Rechtsgefühl befriedigenden Regelung aller Notstandsfälle freigemacht.

Besonders scharf kommt das Prinzip des überwiegenden Interesses bei der Notwehr zum Ausdruck. Während in den gesetzlich geregelten Notstandsfällen der Gesetzgeber die zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit erforderliche Proportionalität jeweils in einem

---

[24]) Graf zu Dohna, Recht u. Irrtum, 12. — Schon 1881 betonte Hälschner, I, 501, daß die Unzulänglichkeit des Gesetzes nur deshalb unbemerkt bleibe, weil in solchen nicht kodifizierten Notstandsfällen niemand daran denke, strafrechtlich einzuschreiten. Zustimmend wird dies mit weiteren Literaturangaben bei v. Hippel, J. W. 1927 S. 3038 ff., wiedergegeben.

[25]) Mezger 313.

[26]) 14.

[27]) 285 f.

[28]) 178.

[29]) Unter Ablehnung der oben erwähnten, vom Schöffengericht vertretenen „Zwecktheorie“: bei der Weite der Fassung lasse sich nicht übersehen, ob nicht ihre Anwendung in der Praxis zu bedenklichen Folgen führen würde, die nicht als dem Rechte gemäß erachtet werden könnten, a. a. O. 253.

[30]) Als Rechtfertigungsgrund des „übergesetzlichen Notstands“ wird dieser Rechtsgrundsatz ferner anerkannt in RGStr. 62 S. 46 u. S. 137 ff., wonach es „dann, wenn zwei rechtlich geschützte Güter in Widerstreit geraten und das eine nur auf Kosten des andern erhalten werden kann, nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, also nicht rechtswidrig ist, das höherwertige auf Kosten des geringwertigeren zu wahren.“

mehr oder weniger weit gezogenen Rahmen ausdrücklich fixiert hat, ist im § 53 St. G. B. in diesem Sinne von der Güterabwägung keine Rede. Die Frage der Interessenabwägung ist hier (ähnlich wie in § 54 St. G. B.) von vornherein gelöst: alle Rechtsgüter des Angegriffenen verdienen den gleichen unbedingten Schutz. Jede noch so schwere Abwehr darf gegen den Angreifer geübt werden, wenn sie nur zur Wahrung der Rechte des Angegriffenen erforderlich war, mag auch das Mißverhältnis der beiderseits betroffenen Interessen noch so groß sein. Wenn man als Grund dieser Regelung angibt, daß sich bei der Notwehr Recht und Unrecht gegenüberstehen, so ist das nicht richtig. Denn daß bei der Notwehr Recht gegen Unrecht und beim Notstand Recht gegen Recht stehen, ist erst eine Folge der ergangenen gesetzlichen Regelung. Der die Interessen abwägende Gesetzgeber geht doch offenbar zunächst davon aus, daß sowohl in den Notwehr- wie in den Notstandsfällen Eingriffe in fremde, rechtlich geschützte Interessen vorgenommen werden, also Handlungen, die im allgemeinen verboten sind. Soll die Zwangslage gelöst werden, so muß eine Abwägung der kollidierenden Interessen stattfinden. Indem das höherbewertete Interesse sich behaupten darf, wird das Unrecht zum Recht erhoben. Diese Ueberlegungen treffen bei der Notwehr und beim Notstand in gleicher Weise zu. Die beiden Begriffe unterscheiden sich jedoch dadurch, daß die Notwehr nur einen Gefahrenzustand in sich begreift, der durch einen rechtswidrigen Angriff erzeugt ist. Bei der Notwehr entfällt nun für das Verhalten des rechtswidrig Angreifenden jegliches berechtigte Interesse. Der Mörder, der Räuber, der Dieb, der Beleidiger, aber auch der Fahrlässige und der Wahnsinnige, die angreifen, sie alle verfolgen keinerlei berechtigte, d. h. staatlich anerkannte Zwecke. Anders beim Notstand. Hier haben sowohl der Benötigte wie der im Notstand Befindliche ein jeder an der Erhaltung ihrer Rechtsgüter ein von der Rechtsordnung anzuerkennendes und anerkanntes Interesse. Auch die Kollision der „rechtmäßigen Interessen" wird nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses gelöst. Ob aber das Interesse des im Notstand Befindlichen oder das des Benötigten das höherwertige ist, das läßt sich nicht generell entscheiden. Bei der Notwehr ist die Sachlage anders. Weil der rechtswidrige Angreifer überhaupt keinen objektiv berechtigten Zweck verfolgt, mißbilligt die Rechtsordnung solche Angriffe schlechthin. Sie sind und bleiben Unrecht. Daher ist es möglich, hier die Frage nach dem höherwertigen Interesse allgemein zugunsten des Angegriffenen zu entscheiden.

Wenn nun aber das geltende Recht die sonst geschützten Interessen des Angreifers wegen seines rechtswidrigen Verhaltens im Rahmen des § 53 St. G. B. radikal preisgibt, so liegt darin eine Uebertreibung des richtigen Gedankens. Das hat schon Rudolf Merkel erkannt und mit folgenden Worten trefflich zum Ausdruck gebracht: „Im Sinne des § 53 ist bei rechtswidrigen Angriffen das überwiegende Interesse stets auf der Seite des Angegriffenen, weil dieser in seinem Rechte zugleich die Gemeininteressen und das objektive Recht verteidigt. Dies nun ist im allgemeinen gewiß in Ordnung. Wenn aber § 53 den Angreifer dem Angegriffenen gegen-

über innerhalb der Grenzen der notwendigen Verteidigung schlechthin preisgibt, so liegt darin eine Ueberschätzung des bezeichneten Umstandes, und es führt dies nach Umständen zu einer Verleugnung der richtigen Wertverhältnisse und damit zu einer Verletzung des Rechtsgefühls. Wenn der Gartenbesitzer einen auf seinem Kirschbaum sitzenden Jungen nicht anders verhindern kann, den rechtswidrigen Angriff auf seine Kirschen aufzugeben, als indem er ihn vom Baume schießt (ein mehrfach verwendetes Beispiel), so ist er durch § 53 gedeckt. Aber es widerstreitet dies dem gesunden Verstand und dem allgemeinen Rechtsgefühl genau in dem Maße, als hier das Prinzip des überwiegenden Interesses verleugnet ist" [31]). Aus der Erkenntnis, daß alle Rechtsgüter, sowohl die des Einzelnen als die der Allgemeinheit, nur relativen Wert haben, folgt ohne weiteres, daß es unmöglich ist, in starrem Schematismus das überwiegende Interesse stets im Sinne des § 53 auf der Seite des Angegriffenen zu sehen. In der Regel wird es allerdings so sein. Aber es gibt genug Fälle, in denen offensichtlich eine Verschiebung der Wertverhältnisse eintritt, die eine Korrektur des § 53 St. G. B. gegeradezu herausfordert. Ist es nicht ein barbarisches Recht, das es mir gestattet, jemandem eine schwere Verletzung zuzufügen oder ihn gar niederzuschießen, wenn ich ihn nicht anders hindern kann, mir das Tintenfaß auf den Fußboden zu werfen oder mich auf der Straße fortgesetzt zu beleidigen?

Das eine ist sicherlich richtig: Die Notwehr erfordert ihrer besonderen Natur nach regelmäßig eine nicht allzu zarte, gar ängstliche Rücksichtnahme auf den Störer der Friedensordnung. Die Tatsache, daß hier in besonderer Ausprägung Recht gegen Unrecht steht, darf nicht verkannt werden. Die Notwehr ist neben der staatlichen Strafrechtspflege zugleich ein wirksames Mittel der Unrechtsbekämpfung und muß es bleiben. Es darf nicht dahin kommen, daß eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse im Sinne der Güterabwägung einen Anreiz für den rücksichtslosen Angreifer bildet, dem jedes Mittel zum Zweck recht ist. Das Unrecht wird dem Recht grundsätzlich weichen müssen. Es wird daher bei der Frage, wie das Notwehrrecht praktisch am zweckmäßigsten zu gestalten ist, stets der oben gewonnene Gesichtspunkt leitend sein: „Maßstab des Unrechts ist grundsätzlich nicht die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Handelnden, des Verletzers, sondern überall die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Leidenden, des Verletzten" [32]). Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, daß hier die Abgrenzung der „Verhältnismäßigkeit" eine ganz andere sein muß als auf dem Gebiete des Notstandsrechtes, wo Rechte kollidieren.

---

[31]) Merkel 66.

[32]) Mezger 250. — Binding, Handb. 735, sieht in dem „Zu-Unrecht-Angegriffensein die Quelle des Notwehrrechts" und weist richtig darauf hin, daß die Notwehr vor allem vom Standpunkte des Angegriffenen aus zu betrachten sei. Hinsichtlich der Frage der Güterabwägung bemerkt Binding, Grundr. 189: sie „in vollem Umfange einzuführen, dürfte sehr bedenklich sein."

Teil I.

Die Güterabwägung im Rahmen der Notwehr.

§ 2. Stellung der früheren deutschen Gesetzgebung zu dem Problem (vom Mittelalter bis zu den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts).

Als im Jahre 1748 Friedrich der Große seine bekannte „Dissertation sur les raisons d'établir et d'abroger les lois" schrieb, stellte er an die Spitze dieser juristischen Schrift den Satz: „Wer eine genaue Kenntnis der Art gewinnen will, wie man Gesetze geben oder abschaffen muß, kann sie nur aus der Geschichte schöpfen." Eingedenk dieser klugen Mahnung des königlichen Juristen wollen wir im folgenden zunächst einen kurzen Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems der Güterabwägung im Rahmen der Notwehr geben. Denn unsere Untersuchungen sollen sich nicht nur auf das geltende Recht und die Lehrmeinungen, sondern auch auf die angesichts der im Fluß befindlichen Strafrechtsreform besonders interessierenden Aenderungsvorschläge erstrecken.

Unsere heutige Notwehrdefinition ist im wesentlichen deutschen Ursprungs [1]). Ihr Begriff (notwere, notwer, not) hat sich im späteren Mittelalter entwickelt aus dem Recht der Tötung des auf handhafter Tat betroffenen Angreifers durch Begrenzung auf Verteidigungshandlungen. Die Voraussetzung rechter Notwehr ist in früherer Zeit regelmäßig Schutz von Leib und Leben [2]). So z. B. im Sachsenspiegel, Wiener Stadtrecht 1221, Schwabenspiegel, in der Carolina (Art. 140). Trotz mancherlei Einschränkungen der Notwehrbefugnis im einzelnen, — z. B. hinsichtlich der Notwendigkeit des Ausweichens, es wird teils bereits begonnener, teils bewaffneter Angriff gefordert —, ist jedoch allgemein der Notwehrer zu jeder erforderlichen Abwehr, also bis zur Tötung des Angreifers, berechtigt. Ebenso ist im Gebiet des gemeinen deutschen Strafrechts dem im Notwehrstande Befindlichen jede erforderliche Abwehr des Gegners ge-

---

[1]) Vgl. dazu v. Hippel, Deutsches Strafrecht, I. Bd. (1925), 146, 201 f. Ausführliche Darstellung bei Levita 64 ff., Geyer 75 ff.

[2]) Seltener auch von Gut, v. Hippel a. a. O. 146 Anm. 8.

stattet, d. h. „der Täter muß den Angriff nicht abwehren können alio leniori remedio“ [3]). Dabei wird hier jedoch die Notwehr über den Schutz von Leib und Leben ausgedehnt auf Keuschheit, Ehre und Vermögen [3]).

Einer Einschränkung der Notwehr im Sinne der Güterabwägung begegnen wir zuerst im Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten vom Jahre 1794. Dort heißt es in § 517 (Teil II, Tit. 20, Abschnitt 9): „Jeder hat die Befugnis, die ihm oder den Seinigen oder seinen Mitbürgern drohende Gefahr einer unrechtmäßigen Beschädigung durch der Sache angemessene Hilfsmittel abzuwenden.“ Die Notwehr ist, und das bedeutet einen Fortschritt, zum Schutz aller privaten Rechtsgüter zulässig (vgl. § 509), im übrigen jedoch inhaltlich stark kasuistisch geregelt. Hier interessiert weiter insbesondere die Vorschrift, daß zum Schutze des Eigentums das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel mit dem Schaden selbst, der durch die Notwehr abgewendet werden soll, im Verhältnis stehen muß (§ 520). Ferner ist lebensgefährliche Beschädigung des Angreifers nur zulässig, wenn sie erforderlich ist zum Schutze der Person oder zur Verhütung unersetzlichen Schadens am Besitz und wenn Ausweichen nicht möglich ist (§§ 521—525). — Die Regelung des Notwehrrechts im A. L. R. enthält zwar manchen richtigen Gedanken, kann im ganzen jedoch nicht befriedigen; sie läßt gerade bezüglich der Frage der Güterabwägung einen einheitlichen klaren Gesichtspunkt vermissen, eine Folge der verfehlten weitgehenden Kasuistik [4]).

Im Anschluß an diese Regelung im A. L. R. wird in der folgenden Zeit im Schrifttum, das sich mit dem Problem der Notwehr befaßt, sehr häufig die Ansicht vertreten, daß das Notwehrrecht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt sein müsse [5]). Der Gedanke ist dann in vielen deutschen Partikularstrafgesetzbüchern mehr oder weniger glücklich zum Ausdruck gekommen.

Ganz kraß tritt uns der oben gerügte Fehler übertriebener Kasuistik im badischen Gesetzbuch von 1845 entgegen. Dessen § 87 lautet:

„Wenn in den Fällen Nr. 2 und 3 des § 84 das bedrohte Gut im allgemeinen sowohl, als nach den Verhältnissen des Angegriffenen auch für ihn von nur geringem Werte ist, und dabei in den Fällen Nr. 3 das Besitztum, in welches der Angreifer einzufallen, einzubrechen oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen sucht, nicht zu den Gebäuden oder anderen Räumen der im § 381 Nr. 2 bezeichneten Art gehört, so gilt die zur Abwehr geschehene vorsätzliche Tötung oder lebensgefährliche Verletzung des Angreifers nicht für entschuldigt. Und diese Beschränkung wird in § 88 wieder für den Fall der Verteidigung gegen Räuber, gefährliche (§ 381) oder nächtliche Diebe, und für die Fälle, wo der Angegriffene Gefahr für seine Person selbst zu besorgen Grund hatte, aufgehoben.“

---

[3]) v. Hippel a. a. O. 253.

[4]) Schon Friedr. d. Große hatte den II. Teil des ihm vorgelegten Entwurfs des A. L. R. mit der Randbemerkung versehen: „Gut; aber es ist ja so dicke, Gesetze müssen kurz sein.“ Vgl. v. Hippel a. a. O. 276.

[5]) Vgl. Geyer, Strafrecht 127 und Notwehr 38 ff.

Solche schlechthin abzulehnende kasuistische Einzelbestimmungen mit zahlreichen Verweisungen sowie Ausnahmen von der Regel und Ausnahmen von diesen Ausnahmen haben erfreulicherweise nirgendswo Nachahmung gefunden.

Das hessische Gesetzbuch von 1841 verlangt im Art. 49 Abs. 2, daß das angewendete lebensgefährliche Verteidigungsmittel mit dem Werte, den das bedrohte Eigentum oder Besitztum für den Angegriffenen hat, in einem angemessenen Verhältnis steht. Darauf, daß die Fassung dieser Bestimmung verfehlt ist, hat schon Geyer richtig hingewiesen [6]). Statt den durch das angewendete Verteidigungsmittel hervorgerufenen Erfolg in ein Verhältnis zu der durch den Angriff verursachten Gefahr zu setzen, bestimmt das Gesetz merkwürdigerweise, daß das angewendete Verteidigungsmittel mit dem Werte des bedrohten Gutes in einem angemessenen Verhältnis stehen muß. Es kommt doch lediglich auf die Anwendungsweise des Verteidigungsmittels, oder noch genauer auf den dadurch erzielten Erfolg an.

Das sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838 Art. 70 sowie die Gesetzbücher von Thüringen 1850 Art. 66 und von Braunschweig 1840 § 166 schränken die Notwehr durch die Forderung ein, daß die Art der Verteidigung im gehörigen Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr steht. Diese Ausdrucksweise ist zweifellos viel zu unbestimmt, um eine auch nur einigermaßen sichere Abgrenzung von erlaubten und unerlaubten Notwehrhandlungen zu geben. Dasselbe ist von der Bestimmung des Hannoverschen Gesetzbuchs von 1840 zu sagen, dessen Art. 79 es als Notwehrexzeß ansieht, wenn Art und Maß der Verteidigung mit der drohenden Gefahr, d. h. mit dem Werte des gefährdeten Gutes nicht in angemessenem Verhältnis steht.

Beachtlicher, weil bedeutend klarer, ist die Regelung der Notwehr im sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 Art. 91. Es gestattet alle Mittel der Verteidigung anzuwenden, von denen der Bedrohte unter den obwaltenden Umständen annehmen konnte, daß sie zur wirksamen Abwehr erforderlich und mit der Beschaffenheit der abzuwendenden Gefahr nicht außer Verhältnis stehen. Diese in den Entwürfen des Gesetzes von 1855 nicht vorgesehene Bestimmung wurde, wie der Deputationsbericht der 1. Kammer sagt, deshalb aufgenommen, „damit nicht vielleicht wegen einer unbedeutenden Eigentumsverletzung die sofortige Tötung des Verletzten gerechtfertigt schiene" [7]).

Endlich sei noch des Strafgesetzbuches von Württemberg von 1839 Erwähnung getan, das zwar keine Verhältnismäßigkeit zwischen angegriffenem und verletztem Gute fordert, aber Notwehrexzeß annimmt, wenn gegenüber einem rechtswidrigen Angriff der Notwehrübende wußte, daß nach den Umständen Schadensersatz zu

---

[6]) Notwehr 160.

[7]) Zitiert nach Geyer a. a. O. 162. — Die Kritik dieser Bestimmung, die mit der Vorschrift des § 24 des Reichstagsentwurfs von 1927 Aehnlichkeit hat, ergibt sich aus den weiter unten folgenden Ausführungen.

erwarten sei (Art. 102 Ziff. 2 und Art. 103 Ziff. 3). Diese Regelung muß als mißlungen bezeichnet werden, sie läßt den Angegriffenen in wichtigen Fällen schutzlos. Daß dieser der Vernichtung oder Entziehung seines Eigentums ruhig zuschaue, kann wahrlich nicht verlangt werden.

Wir sehen: Der kurze Rückblick auf die frühere deutsche Gesetzgebung ist in mancher Beziehung interessant und lehrreich. Die verschiedene Behandlung, die das in Frage stehende Problem erfahren hat, lehrt vor allem, daß es die Gefahren übertriebener Kasuistik sowie unbestimmter und ungenauer Definitionen zu umgehen gilt.. Ein praktisch so wichtiges Institut wie das der Notwehr bedarf möglichst einfacher und klarer Richtlinien. Vor allem aber ist an den bisherigen Lösungsversuchen der Zug zu einer Gleichstellung mit den Notstandsfällen zu bemängeln. Alle Bestimmungen nehmen zu wenig Rücksicht auf den Standpunkt des zu Unrecht Angegriffenen und begünstigen damit in unangemessener Weise den Angreifer.

§ 3. Der Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuches.

Die weitere Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts bringt eine Reaktion gegen die bisherige einschränkende Auffassung der Notwehr. Es hängt das teils mit der Abkehr des Gesetzgebers von polizeistaatlicher Bevormundung der Untertanen, teils damit zusammen, daß man erkannte, daß die früheren Lösungsversuche im ganzen doch noch recht unbefriedigend waren. So gewannen allmählich die philosophisch-naturrechtlichen Gedankengänge über Recht und Unrecht, wie wir sie oben skizziert haben, die Oberhand. Man ließ alle ethischen Bedenken fallen und befreite die Notwehr in weitestem Maße von Beschränkungen [8]). Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten von 1851 war dann das erste größere Gesetz, welches bewußt davon Abstand nahm, den Grundsatz der Güterabwägung in seine Notwehrdefinition aufzunehmen. Seinem Beispiel folgten die meisten späteren Gesetzbücher, indem sie die Definition des Gesetzes von 1851 meist wörtlich übernahmen. So gelangte diese auch in das Reichsstrafgesetzbuch (§ 53).

Der § 53 St. G. B. gibt hinsichtlich der Art und des Maßes der Abwehr nur die Vorschrift, daß jede Verteidigung gestattet ist, die erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden. Die Entstehungsgeschichte und der klare Wortlaut des Gesetzes geben der in der Literatur und Rechtsprechung durchaus herrschenden Meinung [9]) recht, wenn sie die Grenzen der Verteidigung nicht nach dem zwischen dem Verletzungsgute und dem zu rettenden Gute bestehenden Wertverhältnis bestimmt, sondern ausschließlich nach der Intensität des Angriffs. Innerhalb der Grenzen des zur Abwehr Notwendigen braucht der durch die Verteidigung zugefügte Schaden in keinem Verhältnis zum drohenden Schaden zu stehen. Dieser Grundsatz gilt allgemein,

---

[8]) Besonders energisch protestierte Jhering, „Der Kampf ums Recht“, gegen die „Verkümmerung des Rechts der Notwehr.“

[9]) Die Gegenansichten kommen unten zur Darstellung.

also auch für Angriffe von Unzurechnungsfähigen und schuldlos Irrenden, für fahrlässige Angriffe ebenso wie für solche, die der Notwehrer selbst verschuldet hat. Denn alle diese Angriffe sind rechtswidrig [10]), und das Gesetz kennt keine Beschränkung.

Was zur Abwehr erforderlich ist, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. „Ob der Abwehrende die bezeichneten Grenzen der erlaubten Verteidigung eingehalten hat, bestimmt sich nach den Mitteln, welche in der konkreten Lage nach dem Urteil verkehrstüchtiger Menschen dem Abwehrenden bei seinen individuellen körperlichen und geistigen Kräften zu Gebote standen“ [11]). Ist der Angegriffene ein baumstarker Preisboxer, so kann vielleicht schon ein Stoß genügen, während ein schwächlicher Schneiderlehrling zum Messer greifen muß. In diesem Sinne enthält der Begriff der Erforderlichkeit ein nicht zu bannendes Moment der Unbestimmtheit. Völlig verfehlt wäre es aber, wenn man beim Angriff auf geringere Güter, die äußerst hartnäckig unter schwerer Verletzung des Angreifers verteidigt werden, das Vorliegen der Erforderlichkeit der Abwehr deshalb verneinen wollte, weil die Güter eben nur geringen Wert haben [12]). Der Wert der Güter kommt bei der Beurteilung dessen, was zur Abwehr erforderlich ist, grundsätzlich nicht in Betracht, es entscheidet allein Art und Stärke des Angriffs.

Diese die Güterabwägung im Rahmen der Notwehr schlechthin ablehnende Stellungnahme teilt in der Praxis insbesondere das Reichsgericht. Es hat — I. Senat vom 20. September 1920 — im Band 55 S. 82 (85 ff.) der „Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen“ ausführlich zu der Frage Stellung genommen. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Falle hatte der Angeklagte auf zwei Männer, die von seinen Bäumen Obst entwendeten und auf sein Anrufen unter Mitnahme des bereits gepflückten Obstes die Flucht ergriffen, nach vorheriger Androhung mit einem Gewehr geschossen und einen der beiden nicht unerheblich verletzt. Das Reichsgericht bestätigt den von den Vorinstanzen gefällten Freispruch, da der Angeklagte in rechtmäßiger Ausübung der Notwehr gehandelt habe. Daß das entwendete Gut nur geringen Wert gehabt habe, sei unerheblich; denn „wo das Recht im Kampf gegen das Unrecht geschützt werden soll“, könne „eine Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit der Güter unmöglich gerechtfertigt sein.“ Dem Verteidiger sei nicht zuzumuten, bei der Wahrung seiner Rechte darauf zu achten, daß er dem widerrechtlich angreifenden Gegner keinen Schaden zufügt, der höher bewertet wird, als der ihm selbst aus dem rechts-

---

[10]) Objektive Rechtswidrigkeit ist ausreichend, vgl. Mezger 207 ff., insbes. 239 ff., und die bei Frank, § 53 I, 2, Zitierten: auch das R. G. gehört hierher.

[11]) Köhler 354; ebenso Allfeld 128, Olshausen § 53 Anm. 11, M. E. Mayer 280, Wachenfeld 119, Frank § 53 II und die dort zitierten R.-G.-Entscheidungen.

[12]) Vielleicht hat der Schlußsatz von R .G. 23, 116 diesen Sinn. Vgl. dazu R. G. 55, 85 ff. (am Ende).

widrigen Angriffe drohende. Zur Begründung seiner Rechtsauffassung beruft sich das Reichsgericht auf den unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes sowie auf die Motive zum B. G. B. (Bd. 3 S. 112 f.), woselbst ausdrücklich für die mit § 53 St. G. B. übereinstimmende Vorschrift des § 227 B. G. B. die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Werte des geschützten Rechtsguts und der Höhe des Schadens, den die Abwehr verursacht, verneint wird. Daß dieser starre Standpunkt des Gesetzes zu Unzuträglichkeiten führen kann, übersieht natürlich auch das Reichsgericht nicht. Es weist jedoch die Forderung einer Prüfung und Abwägung der Wertverhältnisse als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Notwehrausübung auch für solche Fälle strikt zurück. „Freilich wird dann, wenn sich die Notwendigkeit ergibt, zum Schutz von Eigentum und Besitz, vielleicht solchem von ganz geringem Werte, das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Angreifers zu gefährden, die Entschließung zur Aufnahme des Kampfes um ein verhältnismäßig geringfügiges Gut von den sittlichen Anschauungen und dem Billigkeitsempfinden und sonstigen Rücksichten des Verteidigers abhängen, der vielfach den Verlust seines Rechtes der Gefährdung von Menschenleben und einem auch für ihn selbst gefahrdrohenden Kampfe vorziehen und das Unrecht erdulden wird“ [13]).

Eine von dem so gekennzeichneten Standpunkt abweichende Ansicht hat das Reichsgericht, soweit ersichtlich, nur einmal, und auch da nur andeutungsweise, geäußert (vgl. R. G. 23, 116 f.). Bei einem Wirtshausstreit hatte die widerrechtlich angegriffene Partei sich mit den Gläsern und Krügen des am Streit unbeteiligten Wirtes verteidigt und der Wirt zum Schutze seines Eigentums auf die Angegriffenen geschossen und einen von ihnen verwundet. Das Reichsgericht führt aus, daß die Handlung der angegriffenen Gäste (Benutzung der Gläser) kein rechtswidriger Angriff sei, und meint nach Erörterung notstandsrechtlicher Gesichtspunkte zum Schlusse, daß selbst dann, wenn die angegriffenen Gäste einen r e c h t s w i d r i g e n Angriff auf das Eigentum des Wirtes unternommen hätten, dieser dennoch strafbar sei schon allein wegen des beträchtlichen Mißverhältnisses zwischen dem ihm drohenden Verlust und den mit dem Erfolg einer Körperverletzung zum Schutze seines Eigentums abgefeuerten Revolverschüssen. Hier nimmt das Reichsgericht offenbar eine Korrektur des § 53 St. G. B. im Sinne der Güterabwägung vor. Diese Auffassung ist praktisch wohl in keinem einzigen Falle zum Ausdruck gekommen. Die oben angeführte Entscheidung (R. G. 55, 85 ff.) rückt ausdrücklich von dieser vereinzelt gebliebenen Stellungnahme ab. Und das ist de lege lata sicherlich richtig.

Nur eine Ausnahme ist unzweifelhaft vom Standpunkte des geltenden Rechts zu machen. Verteidigungshandlungen sind im gewissen Umfang unzulässig, soweit eine gesetzliche oder sonstige Pflicht zur Duldung des Angriffs besteht [14]). Ein Vater hat kraft seiner ge-

---

[13]) Aehnlich Binding, Grundriß 189: „den moderierenden Einfluß zu üben, fällt zur Zeit d e r S i t t e zu.“

[14]) Vgl. dazu Köhler 357.

setzlichen Fürsorgepflicht über sein minderjähriges Kind kein Tötungsrecht, wenn das Kind etwa die Sachen des Vaters beschädigt. Aehnliches gilt für den Lehrer, wenn er sich Beleidigungen oder sonstigen Ungezogenheiten des Schülers gegenüber erwehren will. Vertraglich darf der Pfleger eines Fieberkranken oder Geisteskranken dessen Schimpfreden oder geringfügige Tätlichkeiten nicht mit den äußersten Gewaltmitteln abstellen [15]). Eine Pflicht zur Duldung rechtswidriger Angriffe kann sich nach Beamtenrecht auf Grund einschränkender Bestimmungen über die Zulässigkeit des administrativen Waffengebrauchs ergeben; so kann z. B. vorgeschrieben sein, daß gegenüber einfachen Beleidigungen der Sträflinge nicht von der Schußwaffe Gebrauch gemacht werden darf. Ob militärrechtlich gegenüber gewissen Uebergriffen der Vorgesetzten eine Einschränkung der allgemeinen Notwehrbefugnisse Platz greift, ist bestritten [16]).

§ 4. Die Ansicht von v. Buri.

Einer der heftigsten Gegner des uneingeschränkten Notwehrrechts ist v. Buri [17]). Er geht davon aus, daß die Notwehr ein vom Staat abgeleitetes Recht ist. Der Staat überläßt es dem Einzelnen für den Fall, daß er selbst ihm überhaupt keinen, nicht genügenden oder nicht rechtzeitigen Beistand gewähren kann, sich selbständig zu schützen [18]). Bei der Ausübung dieses Schutzes hat der Einzelne ebenso oder ähnlich zu handeln, wie es der Staat selbst oder seine Organe im Falle eigenen Eingreifens tun würden. Maßstab für die Notwehrausübung ist somit das öffentliche Interesse. Da der rechtswidrige Angreifer in bezug auf seine Person und sein Vermögen nicht rechtlos wird, ist der Notwehrer auch nicht in jedem Falle zur schrankenlosen Vernichtung des Gegners befugt. Man würde sonst dahin kommen, eines Knopfes oder eines Pfennigs oder einer drohenden Beleidigung wegen seinen Gegner ungestraft töten zu können. Ebensowenig wie der Staat durch seine Organe, den Polizeidiener etwa, das entstehende Unrecht stets mit allen überhaupt nur möglichen, selbst den äußersten Mitteln verhindert und im wahrsten Sinne des Wortes „totmacht", ebensowenig kann ein so weitgehendes Recht dem Einzelnen zustehen. Die Folgerungen, die sich aus dem uneingeschränkten Notwehrrecht ergeben, beweisen, daß das Gesetz so, wie es die herrschende Meinung versteht, nicht ausgelegt werden darf. Der abgewendete Schaden muß daher in gewissem Verhältnis stehen zu dem Schaden, der dem Angreifenden zugefügt wird.

---

[15]) Ebenso R. G. 27 S. 44 (47).

[16]) Zu der Frage vgl. Kowerk, Notwehrrecht der Militärpersonen nach deutschem und ausländischem Recht, 1910 (Straßburger Diss.), Petri, Notwehr im Reichsmilitärrecht (Z. St. W. Bd. 33 S. 175 [182]), M. E. Mayer 280 Anm. 11.

[17]) Vgl. dazu G. S. 30, 434 ff.

[18]) Feuerbach (Lehrb. d. Strafr., 13. Aufl., § 37) begründet die Notwehr, indem er ähnlich wie Rousseau den Einzelnen sein Recht auf Selbstverteidigung auf den Staat übertragen, jedoch einen Teil dieses Rechts zurückbehalten läßt, nämlich in dem Fall, in dem der Staat seinen Schutz zu gewähren nicht imstande ist.

Daß die Ansicht v. Buris de lege lata unhaltbar ist, bedarf nach dem oben in dieser Beziehung Gesagten keines weiteren Beweises. v. Buri hat aber Recht, wenn er nachdrücklich darauf hinweist, daß der schroffe Standpunkt des § 53 St. G. B. in zahlreichen Fällen dem gesunden Verstand und allem Gerechtigkeitsgefühl zuwider läuft. Eine scharfe, gesetzgeberisch irgendwie verwertbare Formulierung seines Gedankens bleibt v. Buri uns schuldig. Sein Maßstab, daß das durch die Hinderung der Entstehung des Unrechts verletzte öffentliche Interesse nicht größer sein dürfe als es das durch das entstandene Unrecht getroffene Interesse sein würde, und die sicherlich richtige Erwägung, daß die Notwehr im allgemeinen in weiterem Umfange mit Ausschluß der Gegenwehr geübt werden dürfe als der Notstand, geben für die Praxis viel zu unbestimmte Anhaltspunkte [19]). Theoretisch unrichtig ist eben schon der Ausgangspunkt v. Buris, wonach es bei der Frage, was der Angegriffene zum Schutze des gefährdeten Rechtsgutes unternehmen dürfe, darauf ankomme, wie weit der Staat zu dessen Rettung gehen würde. Das ist ein Stehenbleiben auf halbem Wege; denn es erhebt sich sofort die weitere Frage, wie weit denn der Staat zur Rettung eines Rechtsgutes gehen würde und gehen darf, und vor allem, nach welchen Gesichtspunkten sich ein Eingreifen des Staates in sonst rechtlich geschützte Interessen beurteilt. Diese Fragestellung führt dann zu dem allein richtigen Gesichtspunkt des „überwiegenden Interesses"; und nur so werden die unfruchtbaren Erörterungen darüber, ob das Notwehrrecht ein vom Staat abgeleitetes oder von ihm delegiertes Recht ist, vermieden.

§ 5. Die Ansichten von Kohler, v. Bar und v. Alberti.

Kohler macht das Maß der Gegenwehr von der Art des angegriffenen Rechtsgutes abhängig [20]). Mit der h. M. erklärt er zum Schutze der Person jedes Mittel für statthaft, soweit es sich als notwendig erweist. Dies gilt auch dann, wenn jemand einer Person etwas gewaltsam entziehen will. Dagegen sei bei reiner Vermögensnotwehr die gewöhnliche Meinung, wonach das Notwehrhandeln ohne jede Beschränkung gestattet ist, nicht angebracht.

Die auf den ersten Blick ansprechende Unterscheidung entspricht natürlich ebenfalls nicht dem geltenden Recht. Sie erregt auch insofern Bedenken, als durchaus nicht einzusehen ist, warum bei nur geringfügigen Eingriffen in die persönliche Rechtssphäre (z. B. kurzdauernde Freiheitsberaubung, Beleidigungen) das schwerste Mittel erlaubt sein soll. Auch in solchen Fällen müssen dem Notwehrer von Rechts wegen Schranken gesetzt sein.

---

[19]) Ohne nähere Vorschläge zu machen, verlangen de lege ferenda die Einführung der Güterabwägung in vollem Umfang: Wächter (bei Schwartz, §53 Anm. 3b zitiert), Liepmann, Einl. i. d. Strafr. 1900, S. 180, 183, Allfeld 128, Kroner 32 ff. (Dort sind noch Lammasch und v. Lilienthal zitiert). Berolzheimer 88 fordert nur bei Vermögensnotwehr Verhältnismäßigkeit.

[20]) 47 f.

Im übrigen gelangt nach Kohlers Auffassung das Notwehrrecht nur gegenüber einem schuldhaft rechtswidrigen Angriff zur Entstehung [21]). Diese Ansicht ist vom Boden der von uns vertretenen objektiven Unrechtslehre abzulehnen (ebenso die herrschende Lehre) [22]). Sie findet im Gesetz keine Stütze und führt sachlich zu unmöglichen Anforderungen. In einer Lage, in der schnelles Handeln geboten ist, kann dem Notwehrer nicht zugemutet werden, die Schuldfrage auf Seiten des Angreifers zu prüfen, bevor er sich an die Verteidigung begibt.

v. Bar spricht sich grundsätzlich gegen eine Beschränkung der Notwehr aus und will es in Zweifelsfällen lediglich dem moralischen Gefühl des Angegriffenen überlassen, auf Notwehr zu verzichten [23]). Allein eine Ausnahme soll gelten. Eigentumsnotwehr unter schwerer körperlicher Verletzung des Angreifenden ist ausgeschlossen, wenn das Eigentumsobjekt sowohl nach objektiver Wertschätzung wie nach den besonderen Verhältnissen einen objektiv zweifellos äußerst geringfügigen Wert und für den Angegriffenen nicht einmal erheblichen Affektionswert besitzt und ebensowenig ihm unter den konkreten Umständen schwer entbehrlich ist.

In derselben Richtung bewegt sich v. Albertis Gedankengang. Er redet einer Beschränkung der Notwehr in den Fällen das Wort, in denen der Angriff, auch wenn er zum verletzenden Erfolg führt, kein Uebel bedeutet [24]). Drei Arten solcher Fälle werden unterschieden. Beispiele der ersten sind, wenn ein Fremder aus einem Privatbrunnen sich seine Flasche füllen, oder wenn er ein Blatt von einem Baume abreißen will. Es handelt sich also um Angriffe auf Sachen, die im Verkehr als vollkommen wertlos gelten. Fälle der zweiten Art liegen vor, wenn der Inhaber des bedrohten Rechtsguts entweder selbst in der Lage ist, die Wirkungen des Angriffs, wenn dieser glückt, alsbald und ohne Aufwand an Geld oder Material und irgend erheblicher Zeit zu reparieren, oder wenn der Angriff nicht geeignet ist, in dem Sinne eine sofort dauernd werdende Verletzung herbeizuführen, daß nicht nachfolgende Anrufung der Staatsgewalt bei Sicherheit gegenüber den etwaigen Kosten genügt. Die hiermit verwandten Fälle der dritten Art sind die, wo der Schaden im engeren Sinne dauernd ist, aber der vollkommene Schadensersatz bereit steht.

Daß in den beregten Fällen eine Einschränkung der Notwehr dringend erwünscht ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Gegen die durch v. Bar und v. Alberti vorgenommene Abgrenzung spricht aber entschieden, daß hier nur die krassesten Fälle Berücksichtigung finden und die kasuistische Aufzählung dreier Gruppen der vielgestaltigen Fülle des Lebens nicht gerecht wird [25]).

---

21) Die gleiche Ansicht wird sonst nur noch von Hälschner, I 479 ff., Beling 34 und Hold v. Ferneck, II 122 ff. vertreten. Letzterer ist nach Mezger 224 der konsequenteste Vertreter der bloß subjektiven Rechtswidrigkeit.

22) Vgl. die Nachweise bei Frank, § 53 Anm. I 2.

23) III 191.

24) 21 ff.

25) v. Alberti 22 selbst muß zugeben, daß sich „vielleicht noch weitere Arten“ finden lassen.

§ 6. Oetkers Vorschläge, insbesondere die „Unfugabwehr."

Oetker faßt den Kreis der Fälle, die v. Bar und v. Alberti im Auge haben, unter dem umfassenden Begriff der „Unfugabwehr" zusammen [26]).

Vom Standpunkt der Sitte erscheinen viele Angriffe als bloße, eine Notlage nicht begründende Ungehörigkeiten. Es drängt sich jemand an einen Schalter, Büffet, beim Einsteigen in einen Zug, beim Verlassen des Theaters usw. in ungehöriger Weise vor: wäre wirklich in Ermangelung ausreichender anderer Mittel zur Wahrung der Priorität das Messer oder der Revolver gestattet? Oder andere Beispiele: Balgereien der Schuljugend, kindische Näschereien und Ungezogenheiten, Belästigungen durch Bettler, Schabernack, wie Anklingeln an der Haustür, lästiges Karnevalstreiben, Schneeballwürfe gegen Straßenpassanten. Bei diesem und anderem ähnlichen Unfug, der im weiteren Sinne auch Angriffe auf ganz oder nahezu wertlose Sachen umfaßt, ist die Sachlage zur Uebung von Notwehr mit der Konsequenz schwerer Verletzung, Tötung des Angreifers usw. überall nicht angetan. Oetker betont mit Recht, daß in diesen Fällen gerade für die rechtliche Beurteilung die Widerrechtlichkeit des Angriffs hinter der sozialen Ungehörigkeit ganz zurücktritt. Schon nach geltendem Recht sei die Notwehr mit dieser Beschränkung zu verstehen. Für die künftige Neugestaltung des Strafrechts empfiehlt Oetker jedoch die ausdrückliche Aufnahme folgender Bestimmung:

„Die Abwehr von Angriffen, die von der Rechtssitte als bloße, eine Notlage nicht begründende Ungehörigkeiten erachtet werden — Unfugabwehr —, darf nicht außer Verhältnis stehen zu der Bedeutung des Angriffs."

Die weitgehende Ansicht Oetkers, schon das geltende Recht sei mit der bezeichneten Einschränkung zu verstehen, trifft — wie oben bereits dargelegt — nicht zu. Ganz geringfügige Einwirkungen, wie Vordrängen, harmlose Stöße und ähnliches, wird man allerdings häufig kaum als „rechtswidrige Angriffe" aufzufassen haben. Solche bloßen Ungehörigkeiten entsprechen zwar nicht der (rechten) Sitte, geben aber zu einer Reaktion des Rechts keine Veranlassung. Nur soweit sie sich zu erheblicheren Störungen des friedlichen Rechtslebens verdichten, etwa bei absichtlichen Karambolagen und ähnlichen Ungezogenheiten, kann man füglich von „rechtswidrigen Angriffen" reden. Aber es ist sehr gefährlich und mit der Rechtssicherheit unvereinbar, ohne jede gesetzliche Handhabe derartige Ungehörigkeiten im Sinne Oetkers aus dem Bereiche des § 53 St. G. B. auszuscheiden und zu ihrer Abwehr schon jetzt nur eine minder scharfe Form der Notwehrübung zuzulassen. Die Unterscheidung ist denn auch von allgemeiner Anerkennung weit entfernt.

Gegen die von Oetker vorgeschlagene, von M. E. Mayer [27]) gebilligte Regelung hat man weiter mit Recht eingewendet, daß sich die Grenzen zwischen echter Notwehr und Unfugabwehr kaum ziehen

---

[26]) Vgl. dazu Vgl. Darst. A. T. II 294 ff. und D. J. Z. 1908 Sp. 615 ff.
[27]) 281.

lassen [28]). Sollen z. B. die oben angeführten Fälle vom Knaben, der auf dem Kirschbaum sitzt, und von den beiden Männern, die unter Mitnahme von entwendetem Obst die Flucht ergreifen (R. G. 55 S. 85 ff.) gleich oder unterschiedlich behandelt werden? Im Falle des Knaben, der die Kirschen stiehlt, entscheidet sich Oetker selbst für Unfugabwehr. Das wird jeder billigen. Wie der andere Fall nach Oetkerschen Grundsätzen zu beurteilen ist, erscheint schon recht zweifelhaft. Soll die Entscheidung, ob Unfugabwehr oder echte Notwehr vorliegt, davon abhängen, ob ein Junge oder ein Mann eine Handvoll Aepfel stehlen oder zwei Männer zwei Hände voll oder vielleicht einen Korb voll? Wir meinen, daß in jedem Falle die Sachlage hier nicht dazu angetan ist, sich den Besitz einiger Aepfel selbst durch Tötung des Angreifers zu erhalten. Das widerspricht dem natürlichen Rechtsgefühl. Das Mißverhältnis ist zu offensichtlich. Anderer Meinung freilich das Reichsgericht. Aber man sollte das im Ernst nicht bestreiten. Wenn ich einen Sonntagsreiter, der sein Pferd nicht zu bändigen versteht und deshalb meine Tannenschonung zertrampelt, lebensgefährlich verletzen oder niederschießen darf, so ist das eine schmähliche Verhöhnung von Recht und Kultur [29]). Das darf einfach nicht erlaubt sein, auch dann nicht, wenn der Angreifer böswillige Absichten hat, mich auf der Straße hartnäckig beleidigt oder mich vorsätzlich oder fahrlässig für kurze Zeit meiner Freiheit beraubt. Solche Fälle dürfen nicht ihre schematische Erledigung durch einfache Beseitigung des Gegners finden. Wir können daher auch Oetkers weiterem Vorschlag bezüglich einer einschränkenden Vorschrift für die Vermögensnotwehr nicht zustimmen, weil auch er noch zu eng ist und in kasuistischer Weise nur einen kleinen Teil aller denkbaren Fälle umfaßt. Der Vorschlag geht dahin:

„Im Falle der Vermögensnotwehr bleiben vorsätzliche Tötung und absichtliche schwere Körperverletzung des Angreifers dann strafbar, wenn diesem mit Kenntnis des Täters das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlte und das bedrohte Gut nach den Verhältnissen des Inhabers für letzteren von geringem Werte war.“

Darin, daß diese Fälle wie die der Unfugabwehr eine Sonderbehandlung erfahren müssen, stimmen wir mit Oetker überein. Im Gegensatz zu ihm halten wir es jedoch für erforderlich, daß die Notwehr auch weitergehend selbst bei böswilligen Angriffen, und nicht nur solcher auf das Vermögen, eine Einschränkung erfahre. Viele schuldhafte Angriffe richten sich gegen Rechtsgüter so untergeordneten Wertes, daß ein Absehen von jeder Verhältnismäßigkeit auch in diesen Fällen sittlich und rechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

§ 7. Löfflers „Trutzwehr und Notwehr im engeren Sinne.“

Nach Löfflers Ansicht lassen sich die Fälle der echten Notwehr in zwei deutlich gesonderte Gruppen teilen [30]).

---

[28]) Allfeld 128 Anm. 27, Liszt-Schmidt 187 Anm. 11.
[29]) So mit Recht Graf zu Dohna Z. St. W. 33 S. 126.
[30]) Vgl. Z. St. W. 21 S. 542 ff. — Löffler hat später zum Deutschen

I. Der Angriff erfolgt mit offenem, brutalem Rechtshohn; er ist das, was die germanischen Rechte einen Friedbruch nennen. Der Angriff hat injuriöse Bedeutung. Hier ist es der Angegriffene seiner Mannsehre schuldig, im Kampf ums Recht kein Tüttelchen seines Rechts zu opfern. Das ist die schneidigere Form des Verteidigungsrechts: Die Trutzwehr.

Beispiele:

1. Ich werde von einem Mörder am Leben bedroht.
2. Ein Straßenräuber will mir mein Geld abnehmen.
3. A. will mich vor einer Dame, die ich begleite, lächerlich machen; er ruft mir zu: „Jetzt Feigling, lauf, sonst gibt es Hiebe“, und greift mich mit einer Hundspeitsche an.

II. Der Angriff entbehrt dieses Charakters. Hierher gehören die Fälle, wenn vermeintlich in Notwehr Befindliche, Fahrlässige, Deliktsunfähige (Kind, Volltrunkener, Wahnsinniger), Tiere und leblose Sachen angreifen. Hier fällt die Verletzung der Ehre des Angegriffenen, alles, was ihn persönlich zum Kampf ums Recht anstachelt, fort. Wie vorhin Strenge, so ist jetzt Nachsicht am Platze. Es sind die Fälle der „Notwehr im engeren Sinne.“

Geltendes Recht ist diese Unterscheidung nicht. Sie ist auch aus mehr als einem Grunde de lege ferenda unbrauchbar. Der Gesichtspunkt der Trutzwehr führt zu einer Verquickung mit dem Vergeltungsgedanken und legt der Notwehr den Charakter von Rache und Strafe bei. Solche Gedanken, die vielleicht in früheren, rohen Zeiten der Notwehr ihr Gepräge geben konnten, müssen im geordneten modernen Staatswesen für das Gebiet der Notwehr jedenfalls ausscheiden. Dem Einzelnen persönliche Genugtuung zu verschaffen und den Täter gerechter Bestrafung entgegenzuführen, ist allein Aufgabe des Staates. Die von Löffler in den geschichtlich gewordenen Begriff der Notwehr ziemlich willkürlich hineingetragene Unterscheidung ist weiterhin praktisch undurchführbar. Der Angegriffene wird regelmäßig aus der Art des Angriffs gar nicht erkennen können, welcher der erwähnten Kategorien der Angreifer angehört [31]). Auch wird dem Angegriffenen im Zeitpunkte der Abwehr des Angriffs eine Ruhe und kaltblütige Ueberlegung zugemutet, die im Regelfalle fehlen wird. In erster Linie ist auf die Bedeutung des Angriffs für die Interessenlage des Angegriffenen, auf dessen objektive Gefährdung abzustellen. Dem wird Löfflers Unterscheidung nicht gerecht. Nach ihr müßte auch bei Angriffen auf minder wichtige Persönlichkeitsrechte sowie ganz geringfügige Vermögensobjekte die schneidigere Form der Abwehr zulässig sein, ein Ergebnis, dem wir nicht zustimmen können. Im übrigen ist es auch unrichtig, gegen „Angriffe“ von leblosen Sachen überhaupt Notwehr für zulässig zu erklären.

Strafgesetz-Entwurf von 1919 weitere Vorschläge gemacht (Gletspach 27 ff.). Darüber vgl. unten § 9.

[31]) Diesen Punkt hebt auch Finger 391 hervor.

Die Gefährdung durch fremde leblose Sachen ist ausschließlich dem Notstandsgesichtspunkt unterzuordnen. Darüber herrscht heute kaum noch Streit. Ob Tierangriffe unter den Gesichtspunkt der Notwehr oder den des Notstandes zu rücken sind, ist dagegen äußerst bestritten. Auf diese Frage wird unten noch zurückzukommen sein.

Die gleichen Bedenken erheben sich in verstärktem Maß gegen

§ 8. Die Ansicht Hold v. Fernecks.

Ihm ist Notwehrhandlung nur ein Gegenangriff gegen einen böswilligen Angriff [32]). Diesem gegenüber erwacht neben dem Bedürfnisse, sich zu schützen, der Drang zu vergelten. „Dieser Drang besteht in einer gesteigerten Erregung, in Rachegefühlen gegen den Angreifer, die mit der Furcht vor der Gefahr nicht zu verwechseln sind, in einer Empörung über das „injuriöse“ Verhalten des Angreifers, der sich, mag es ihm auch nur um eine Sache zu tun sein, gegen die persönliche Freiheit und dadurch gegen die Person und ihr „Selbstbestimmungsrecht“ wendet, kurz: der böswillige Angriff fordert zu einem Mehr als zu bloßer Verteidigung heraus“ [33]). Diese Rückkehr zum Faustrecht des Mittelalters können wir, wie gesagt, nicht mitmachen. Wozu dann noch Polizei und staatliche Strafmaßnahmen?

Alle böswilligen Angriffe will Ferneck also dem scharfen Notwehrrecht mit ausgesprochenem Strafcharakter unterstellt wissen, die Abwehr aller anderen Angriffe gehört nach seiner Meinung zu den gewöhnlichen Notstandshandlungen. Die praktisch undurchführbare

---

[32]) II 122 ff. — Auch nach Graf zu Dohna ist Notwehr nur gegen „böswillige“ Angriffe begründet, vgl. Z. St. W. 33 S. 125 ff.

[33]) Noch schärfer will Oswald Spengler, Neubau des Deutschen Reiches, S. 57 f. (1924), die Notwehr verstanden wissen. Was das Gesetz heute als Notwehr ausgebe, sei ein „kläglicher Begriff“ (weil angeblich spätrömischem, Sklavengeist atmenden Recht entstammend). Es verneine den Anspruch des freien Mannes, sich, seine Ehre, Sicherheit und Habe und die seines Volkes und Vaterlandes selbst zu schützen. Spenglers Forderung: „Der Verbrecher ist beim Begehen der Tat und auf der Flucht rechtlos. Ein Unrecht kann gegen den, der gerade Unrecht tut, nicht begangen werden . . . . Wer eine Person, die er unzweifelhaft in Vorbereitung oder Ausführung eines Verbrechens oder nach dessen Vollendung auf der Flucht betrifft — etwa im Falle von Einbruch, Raub, Mord, Ehebruch, Notzucht, Brandstiftung — tötet oder verletzt, wird nicht bestraft. Wer gewaltsam in fremdes Eigentum eindringt . . . . ist vogelfrei . . .“ ist für uns indiskutabel. Wenn Spengler schließlich meint, in den Worten des BGB. § 227 Abs. 1: „nicht widerrechtlich“ klinge ein Unterton durch, wonach selbst die durch Notwehr gebotene Handlung unerwünscht und stets der Ueberschreitung verdächtig sei, so ist das eine recht subjektive Anschauung und Verkennung dessen, was Rechtssprache und Rechtstechnik vom modernen Gesetzgeber verlangen. Im übrigen hat Nietzsche tiefer gedacht: „Es wird eben nie gelingen, der Notwehr und der Rache das Gewand der Unschuld umzulegen, und so oft man den Menschen als ein Mittel zum Zweck der Gesellschaft benutzt und opfert, trauert alle höhere Menschheit darüber“ (Menschliches, Allzumenschliches, Bd. II S. 295 Abschn. 186 der groß. Gesamtausg.).

Unterscheidung widerspricht, wie die von Löffler, alter, wohlbegründeter Rechtsgewohnheit, welche die Abwehr von Menschenangriffen und die Vermeidung anderer Not nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt. Daß eine Abweichung von diesem althergebrachten Grundsatz trotz der „fundamentalen" Zusammengehörigkeit von Notstand und Notwehr nicht zweckmäßig ist, wird die weitere Darstellung zeigen.

§ 9. Zusammenfassende Kritik und eigene Stellungnahme unter Berücksichtigung der Entwürfe von 1925 und 1927.

Mit den bisherigen Erörterungen sind die wichtigsten wissenschaftlichen Lehrmeinungen und Verbesserungsvorschläge erschöpft. Das Ungenügen des Notwehrparagraphen dürfte danach feststehen.

Nach unserer Auffassung ist die Notwehr ein Anwendungsfall stark potenzierten Notrechts. Als solchen hat ihn der Gesetzgeber grundsätzlich richtig erfaßt und demgemäß vom Notstandsrecht verschieden ausgestaltet. Die vielgebrauchte Formel „Recht gegen Unrecht" und „Recht gegen Recht" zur Kennzeichnung des Unterschiedes von Notwehr und Notstand trifft sachlich das Richtige. Der rechtswidrig Angreifende wahrt überhaupt keine Rechte. Infolgedessen hat anders als sonst der Schutz seiner Interessen in weitgehendem Maße zurückzutreten. In jeder Notwehrsituation liegt das überwiegende Interesse prima facie immer beim Angegriffenen. Daran ist nicht zu rütteln. Unbillig wird die Anwendung dieses Prinzips da, wo die bei der Notwehr widerstreitenden Interessen g a n z u n g l e i c h e n Wertes sind. Zur Wahrung eines an sich berechtigten, aber objektiv geringwertigen Interesses darf es nicht erlaubt sein, die wertvollsten Güter des Nächsten, wie Leib und Leben, preiszugeben. Hier muß eine die Notwehr g e n e r e l l einschränkende Bestimmung gefordert werden. Die Einschränkung darf sich nicht nur auf die reine Vermögensnotwehr erstrecken, sondern hat auch die relative Schutzwürdigkeit minderwichtiger Persönlichkeitsrechte zu berücksichtigen. Eine diesen Grundsätzen entsprechende Formel zu finden, ist das Problem.

Die bisherigen Lösungsversuche betonen u. E. in einseitiger Weise die an E i n z e l f ä l l e n offenbar werdenden Härten des Gesetzes: Vermögensnotwehr (Kohler), Unfugabwehr (Oetker; v. Bar, v. Alberti). Die von Löffler und Hold v. Ferneck in einer besonderen Gruppe zusammengestellten Fälle muten besonders eigenartig an: sie führen uns im Irrtum befangene Angreifer vor, Kinder, Volltrunkene, Wahnsinnige, Tiere, ja sogar leblose Sachen. Das sind doch wirklich nicht die Regelfälle, nach denen sich die Gesetzgebung zu orientieren hat. Wenn schuldlos Irrende, Kinder und Unzurechnungsfähige angreifen und der Angegriffene das mangelnde Verschulden dieser Personen erkennt — was leider häufig genug unmöglich ist —, so hält den Notwehrer regelmäßig schon ein natürliches Gefühl vor dem Aeußersten zurück. Einen Betrunkenen oder einen von Krämpfen Befallenen und um sich Schlagenden schießt wohl

niemand kaltblütig nieder. Jeder hilft solchen Armen oder geht ihnen aus dem Wege. Nur wenn es gar nicht anders möglich ist, schreitet man hier zur Abwehr. Auch für das bekannte Streichholzbeispiel ist in Wirklichkeit kein Raum, ebensowenig, wie es kaum jemandem einfallen wird, den diebischen Jungen vom Kirschbaum zu schießen. Allein dieser Fälle wegen die Notwehr gesetzlich einzuschränken, erscheint uns überflüssig, ja schädlich. Es handelt sich bei den von Löffler und Ferneck aufgezählten Fällen um Ausnahmen, die gegenüber den Regelfällen immerhin eine untergeordnete Rolle spielen. Vieles muß hier dem sittlichen Empfinden des Einzelnen überlassen bleiben. Höchste sittliche Norm kann nun einmal nicht Grundlage der positiven Rechtsordnung sein. Gewissen, besonders schroff zutage tretenden Uebelständen und Auswüchsen vermag das geltende Recht jedoch sehr wohl entgegenzutreten, worauf sogleich näher einzugehen ist. Anderen Mißständen (z. B. auch der Schutzlosigkeit des Kindes) wird man allerdings nur durch eine die Notwehr allgemein einschränkende Bestimmung wirksam begegnen können. Auch darüber wird noch zu reden sein.

Gerade im Hinblick auf Angriffe Unzurechnungsfähiger und Gutgläubiger ist auch die Forderung der Subsidiarität der Notwehr vertreten worden [34]). Die primäre Zulässigkeit der Notwehr in bestimmten, im Gesetz etwa einzeln aufzuzählenden Fällen auszuschließen, halten wir aus den eben angeführten Gründen für unrichtig. Ein solches Verfahren käme auch nicht über eine sehr unvollkommene kasuistische Aufzählung einiger Fälle hinaus. Beachtlich und billigenswert ist dagegen der vom Reichsgericht vertretene Grundsatz, daß die Berufung auf Notwehr dann ausgeschlossen ist, wenn der Angegriffene sich ohne jede Aufgabe berechtigter Interessen dem Angriff entziehen kann [35]). Bei Anwendung dieses Satzes ist jedoch größte Vorsicht geboten. Der Angegriffene muß wirklich k e i n e r l e i berechtigtes Interesse daran haben, dem Angriff zu stehen. In diesen gewiß sehr seltenen Lagen entfällt jedes Schutzinteresse für den Angegriffenen. Kommen mir z. B. ein Amokläufer oder ein Reiter entgegen und drohen mich zu überrennen, so darf ich nicht, auf mein Recht pochend, sie einfach niederschießen, wenn ich dem Angriff durch Beiseitetreten entgehen kann. In derartigen Fällen ist Ausweichen Rechtspflicht. Andererseits brauche ich selbstverständlich nicht meinen gewohnten Spaziergang durchs Stadtwäldchen aufzugeben, wenn ich weiß oder vermuten kann, daß dort Räuber ihr Unwesen treiben. Die Angriffe von Coenders [36]) gegen den Standpunkt des Reichsgerichts sind nur insoweit berechtigt, als sie davor warnen, dem Gedanken eine zu weite Auslegung zu geben. Coenders meint, die Ansicht des Reichsgerichts laufe, populär ausgedrückt, etwa darauf hinaus: wer sich, ohne sich zu kompromittieren, durch Flucht vor einem gegenwärtigen Angriff drücken kann, ist nach dem Reichsgericht dazu nicht

---

[34]) Z. B. von Oetker D. J. Z. 1908 S. 617.

[35]) Vgl. R. G. 16, 69 ff., R. G. Rspr. 9, 471; Goltd. Arch. 48, 304. Ebenso van Calker 31, v. Hippel Z. St. W. 42, 417.

[36]) In der J. W. 1925 S. 939.

berechtigt, sondern verpflichtet. Derartiges hat das Reichsgericht doch wohl nicht gefordert. Es wäre auch ganz unverständlich. Dem Desperado, der mir meine Geldbörse abfordert, darf ich trotzen, auch wenn sich mir die Möglichkeit gefahrloser Flucht bietet. Regelmäßig ist schon die rechtswidrige Bedrohung von Leib und Leben, Ehre und Vermögen ein Umstand, der das volle berechtigte Interesse des Inhabers dartut. Die Gesamtpersönlichkeit des Angegriffenen wird vom Recht geschützt, deshalb darf grundsätzlich die Verteidigung der Flucht nicht subsidiär sein. Das Gesetz ist unbedingt von einer solchen Bestimmung freizuhalten.

Gegenüber gefährdenden Einwirkungen durch fremde leblose Sachen gelangt kein Notwehrrecht zur Entstehung[37]. Leblose Sachen sind eines „Angriffs" im Sinne des § 53 St. G. B. nicht fähig. Hier kann es sich nur um Notstand handeln. Sehr bestritten ist die Frage der Notwehr gegen Tiere. Nach einer Meinung muß die Rechtswidrigkeit des Angriffs gleichzeitig eine subjektive, d. h. schuldhafte sein. Da dieses Erfordernis bei Tierangriffen fehlt, ist lediglich ein Selbstschutz im Rahmen des Notstandes statthaft. Diese Theorie der subjektiven Rechtswidrigkeit, heute nur noch von einzelnen vertreten, haben wir oben bereits berührt und abgelehnt (vgl. § 5). Andere erklären zwar objektive Rechtswidrigkeit für ausreichend, schließen aber ebenfalls Tierangriffe aus dem Kreise der Notwehr aus. Nach dieser Ansicht sind Tierangriffe nicht in erster Linie unter dem Gesichtspunkte des materiellen Unrechtsgehaltes zu charakterisieren; vielmehr ist zunächst die Frage formeller Rechtswidrigkeit aufzuwerfen. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich dann, daß die widerrechtlich waltende Natur nicht Gegenstand einer Normwertung ist; das Werturteil „rechtmäßig" oder „rechtswidrig" bezieht die Gemeinschaftsordnung nur auf menschliche Handlungen. Da rechtswidrig mithin ein verbotener Angriff ist, sich die Verbote des Rechts aber nur an Menschen wenden, können Tierangriffe nicht unter § 53 St. G. B. subsumiert werden[38].

Das Ergebnis dieser beiden Lehren ist denkbar unbefriedigend: „Der angreifende Mensch ist der Notwehr voll ausgesetzt, das angreifende Tier genießt ein Verletzungsprivilegium"[39]. Hierauf ist in der Literatur oft und eindringlich genug hingewiesen worden[40], so daß wir es uns hier versagen, nochmals auf alle Einzelheiten einzugehen. Erscheint es daher de lege ferenda als unabweisliches Bedürfnis, künftig den Tierangriff ausdrücklich unter Notwehrrecht treten zu lassen, so fragt es sich doch, ob nicht schon das geltende Recht in der gewünschten Richtung ausgelegt werden muß oder wenigstens kann. Das ist in der Tat der Fall. Die oben mitgeteilten Lehren

---

[37]) A. M. v. Bar III 156/7 und Löffler, s. oben § 7. Vgl. dazu noch Frank § 53 Anm. 1.

[38]) So z. B. Liszt-Schmidt 172 Anm. 2 und 184 Anm. 5, M. E. Mayer 278. Weitere Literaturnachweise s. bei Frank § 53 Anm. I 2a.

[39]) So Oetker, Vgl. Darst. A. T. II 264.

[40]) Vgl. besonders Oetker a. a. O.

wären, wie Frank a. a. O. zutreffend hervorhebt, nur dann begründet, wenn die Notwehrhandlung Strafe wäre. „Dann würde sie allerdings nur durch einen verbotenen und schuldhaften Angriff gerechtfertigt. In der Tat aber ist sie nichts als Verteidigung, dazu bestimmt, dem Angegriffenen die Stellung zu erhalten, die nicht vor einem höheren Recht des Angreifers zurücktreten muß. Mehr als dieses letztere kann also das Erfordernis der Rechtswidrigkeit nicht bedeuten“ [41]). Die Rechtswidrigkeit ist hier rein objektiv zu nehmen und ohne daß es darauf ankommt, daß Rechtsnormen Tiere nicht zu binden vermögen. Wie ein Unzurechnungsfähiger einen objektiv rechtswidrigen Angriff ausüben kann [42]) und wie schon jeder Zustand, der in Widerspruch zu den Vorschriften der Rechtsordnung besteht, rechtswidrig sein kann [43]), so kann auch jede Angriffshandlung eines Tieres, die objektiv wider das Recht ist, objektives Unrecht verwirklichen. Rechtswidrig ist daher jeder Angriff, dem kein Verletzungsrecht zur Seite steht und zu dessen Duldung der Angegriffene deshalb nicht verpflichtet ist [44]). So ist die objektive Unrechtslehre, konsequent zu Ende geführt, durchaus in der Lage, ein befriedigendes Ergebnis zu gewährleisten. Man darf sich nur nicht fälschlich auf den Standpunkt des Angreifers statt auf den des Angegriffenen stellen (mit dem Einwand, die Rechtsordnung wende sich nur an Menschen). Der Verletzte und sein Interesse bilden den Angelpunkt des Strafrechts. Es ist deshalb in erster Linie auf die Bedeutung des Angriffs für die Interessenlage des Angegriffenen abzustellen. „Entscheidend ist, was Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bei Bemessung des Verteidigungsrechts unter „rechtswidrigem Angriff“ verstehen und verstehen müssen, sollen nicht die Rechtsgüter in der Stunde der Gefahr des genügenden Schutzes ermangeln“ [45]). Tierangriffe sind daher richtigerweise schon nach geltendem Recht ganz dem Notwehrgesichtspunkt unterzuordnen.

Eine Verschiebung in der Güterbewertung ist auch dann denkbar, wenn die Notwehrlage vom Angegriffenen verschuldet ist. In der gesamten Literatur wird fast einhellig die Ansicht vertreten, daß auch in diesem Falle das volle Notwehrrecht des § 53 St. G. B. zur Entstehung gelangt. Das ist richtig. Wir legen dabei nicht so sehr Wert auf die Fassung der Gesetzesparagraphen 53 und 54 (Argument „unverschuldet“ in § 54), denn der Gesetzgeber war bei der Abfassung des § 53 St. G. B. nachweislich in dem Irrtum befangen, das Erfor-

---

[41]) Frank § 53 Anm. I 2.

[42]) So die durchaus herrschende Meinung; s. die Nachweise bei Frank a. a. O.

[43]) Vgl. v. Tuhr, Allgem. Teil d. dtsch. Bürg. R. II 454.

[44]) So Oetker a. a. O., Olshausen § 53 Anm. 6, Heimberger (bei Aschr.-Kohlr.) 78, Mezger, Z. St. W. 47 S. 473 und Frank § 53 Anm. I 2b mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Ebermayer (Lobe) § 53 Anm. 2 wendet § 53 St. G. B. auf Angriffe von Tieren und Unzurechnungsfähigen analog an.

[45]) Oetker, Notwehr und Notst. 24. — Binding, Handb. 738: „„Rechtswidrig““ „bezeichnet die Richtung, nicht aber die Deliktsqualität des Angriffs.“

dernis des „unverschuldeten“ Angriffs sei schon durch das des „rechtswidrigen“ gedeckt[46]). Ausschlaggebend ist vielmehr die Tatsache, daß auch dann, wenn der Angriff, wie die ältere Theorie sagt, vom auctor rixae verschuldet ist, der Angriff des auctor pugnae doch rechtswidrig bleibt. Die schuldhafte Veranlassung und Aufstachelung zum Angriff kann die Schuld des Provozierten nur mildern, aber nicht ausschließen. Es wäre höchst unbillig, dem vom auctor rixae fahrlässig verschuldeten Angriff gegenüber die Notwehr auszuschließen. Berücksichtigt man weiter, daß ein Verschulden des Angegriffenen bei der Notwehr im ganzen viel seltener vorkommen wird als bei den Notstandsfällen[47]), so wird man unbedenklich von einer Sonderregelung im Gesetz absehen können. Auch hier gilt, daß sich ethische Schranken nicht restlos in Rechtsschranken verwandeln lassen. Die Einführung einer Beschränkung ist jedoch de lege ferenda zu erwägen. Wer den Angriff absichtlich herbeigeführt hat, um unter dem Vorwand der Notwehr den Angreifer zu verletzen, kann sich nicht auf Notwehr berufen. „Da hier in Wahrheit unter dem Deckmantel der Verteidigung ein besonders raffinierter Angriff vorliegt“[48]), muß die böswillige Provokation eine grundlegende Verschiebung in der Güterbewertung und damit in der rechtlichen Situation nach sich ziehen. Denn es liegt weit mehr als bloße fahrlässige oder vorsätzliche Verschuldung des Angriffs vor, und man wird füglich von einem „Angriff“ im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht reden können. Das Verhalten eines, der sich derart schuldhaft und absichtlich in eine äußerlich der Notwehrsituation entsprechende Lage versetzt, bedeutet sachlich nichts anderes, wie wenn jemand sich selbst verletzt. Der provozierte Angreifer ist dann lediglich Werkzeug (mittelbarer Täter) des Provokanten, der in Wirklichkeit selbst den Angriff leitet und dessen Abwehr eben nur unter dem Deckmantel der Notwehr erfolgt[49]). Der böswillige Provokant hat bei vorsätzlichem Tun in den Angriff eingewilligt und erscheint so als sein eigener mittelbarer Angreifer. Er hat den Gegner, den er insoweit gleich einem Unzurechnungsfähigen oder sich Irrenden benutzt, in die Gefahr der Abwehr versetzt und muß sie nun selbst abwenden, indem er von der Verletzung des Angreifers absieht[50]). Es kann daher u. E. nach der

---

[46]) Das geht klar aus den Motiven zu § 53 hervor. Vgl. Höinghaus, Strafgesetzbuch f. d. norddeutschen Bund mit den amtlichen Motiven (1870) S. 81 zu § 53. Oppenhoff zu § 53 Anm. 7. Hälschner I 480 Anm. 2.

[47]) Das ist auch die Ansicht von v. Tuhr a. a. O. 584 Anm. 24.

[48]) So v. Hippel Z. St. W. 42, 417. Ebenso Traeger G. S. 92, 306 u. 310.

[49]) Im gleichen Sinne oder wenigstens im Ergebnis ebenso die heute wohl herrschende Meinung. Vgl. außer den Angeführten noch Mezger, Z. St. W. 47, 478, Frank § 53 Anm. I 2 (S. 151), Ebermayer (Lobe) § 53 Anm. 4, v. Tuhr a. a. O. II 584, Oetker, Notwehr und Notst. 14, Köhler 348 und Olshausen § 53 Anm. 7, bei dem sich noch weitere Literaturangaben finden.

[50]) So Köhler 348. S. auch Oetker, Vgl. Darst. A. T. II 272 (oben). — Zutreffend bemerkt Heimberger (bei Aschrott-Kohlr.) 80: „Bei Licht betrachtet ist der Anreizende der eigentliche Angreifer. Der Fall hat eine gewisse Aehnlichkeit mit jenem der actio libera in causa.“

ratio legis schon unter der Herrschaft des § 53 St. G. B. von einer Straflosigkeit solcher sub specie der Verteidigung vorgenommenen Handlungen keine Rede sein [51] [52]). Auf ganz unstreitigem Gebiet liegt endlich der Fall, wenn jemand einen Unzurechnungsfähigen provoziert in der Absicht, den Angreifer straflos zu töten. Hier ist der Provokant mittelbarer Täter bei dem gegen sich selbst gerichteten Angriff; denn der Unzurechnungsfähige hat keinen rechtlich relevanten Willen. Da man sich selbst im Sinne des § 53 St. G. B. nicht angreifen kann, bleibt der Angriff des Unzurechnungsfähigen juristisch außer Betracht. Der Provokant ist wegen vorsätzlicher oder, sollte er wirklich an sein Recht glauben, wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen [53]).

An den immer wiederholten Angriffen auf den § 53 St. G. B. sind die neueren Gesetzgebungsarbeiten nicht achtlos vorübergegangen. Auch hier kam allmählich die Auffassung zum Durchbruch, daß es nicht nur ein Gebot der Ethik, sondern auch eine Forderung des Rechts sei, eine Ueberspannung der Notwehrbefugnisse zu verhindern. Während noch die ersten Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch an der Notwehrdefinition des geltenden Rechts festhielten [54]), bringt der Entwurf 1925 in § 21 Abs. 2 erstmalig eine abweichende Bestimmung:

„In Notwehr handelt, wer sich oder einen anderen gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise verteidigt“ [55]).

Die Formulierung klingt an die entsprechenden Vorschriften einiger deutscher Partikularrechte an und findet ihr unmittelbares Vorbild im schweizerischen Vorentwurf von 1893. Nach der Begründung 1925 (20) soll damit dem Täter eine Prüfung der Frage auferlegt sein, ob die Anwendung dieses (Verteidigungs-) Mittels zu

[51]) Nach Olshausen a. a. O. und Coenders, J. W. 1925, 892 f., greift auch hier der Grundsatz durch, daß der offenbare Mißbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz zu beanspruchen hat. Vgl. dazu § 226 BGB. und Art. 2 des Schweiz. Zivilgesetzbuches.

[52]) Unter den früheren Gesetzgebungen war nach Hannover 1840 Art. 79 Voraussetzung der Notwehr, daß der Angegriffene nicht selbst den Angreifer „mit böslichem Vorsatze“ zum Angriff gereizt habe. Vgl. dazu Oetker a. a. O. 271 Anm. 4. Unmittelbar den Fall des Textes regelt, wohl als einzige unter den modernen Strafgesetzgebungen, das griechische Strafgesetzbuch in Art. 107: „Mit der vom Gesetz angedrohten Strafe wird derjenige bestraft, welcher absichtlich eine Notwehrlage hervorruft und unter diesem Vorwand eine strafbare Handlung begeht.“ Eine nachahmenswerte Bestimmung!

[53]) Vgl. dazu Binding, Normen II, 1, 625. Köhler 348.

[54]) Vorentwurf § 66 Abs. 1; Gegenentwurf § 25; Entwurf 1913 § 27; Entwurf 1919 § 21 Abs. 2.

[55]) Löffler (bei Gleispach) 38 hatte folgende Fassung vorgeschlagen: „Notwehr ist die den Umständen angemessene Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwehren und jene, die der Täter ohne Verschulden für erforderlich gehalten hat.“ Das ist eine nicht zu billigende Verquickung von Unrechtsausschließungs- und Entschuldigungsgrund. Der letzte Halbsatz ist ganz überflüssig.

diesem (Abwehr-) Zweck überhaupt „sittlich gerechtfertigt“ erscheint [56]. Das ist eine ideale Forderung, die sich in der Praxis niemals verwirklichen läßt, aber auch in der Definiton des Entwurfs gar nicht zum Ausdruck gelangt ist. Man hat gegen die Wendung „den Umständen angemessen“ mit Recht geltend gemacht [57], daß sie ganz unklar und relativistisch abgefaßt sei. Man kann die Ansicht vertreten, daß den Umständen angemessen das ist, was im einzelnen Falle nicht über das Maß des zur Abwehr Geeigneten und Erforderlichen hinausgeht. Das käme dann auf eine Aenderung nur in der Formulierung, nicht aber im Gedanken hinaus. Folgt man dagegen dem Gedankengang der Verfasser des Entwurfs, die den Umfang des heutigen Notwehrrechts einschränken wollen, so gibt man dem Richter einen ganz verschwommenen unklaren Maßstab an die Hand. Bei der Prüfung der Frage, ob das Mittel sittlich gerechtfertigt ist, soll der Begründung zufolge das Wertverhältnis des angegriffenen und des verletzten Rechtsgutes von erheblicher Bedeutung sein. Dieser richtige Gedanke hat aber im Gesetz keinen adäquaten Ausdruck gefunden. Soll der Richter den Grundsatz der Güterabwägung ganz allgemein oder nur in einzelnen, ihm geeignet erscheinenden Fällen zur Anwendung bringen? Darf der Richter etwa die Unterscheidung von „Trutzwehr“ und „Notwehr i. e. S.“ in das Gesetz hineintragen? Da der Entwurf diese und ähnliche schwerwiegende Fragen offen läßt, ist die Bestimmung des § 21 Abs. 2 abzulehnen.

Solchen Einwendungen will der jüngste Vorschlag, der „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches“ von 1927, Rechnung tragen. Er definiert im § 24 Abs. 1:

„In Notwehr handelt, wer sich oder einen anderen gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff verteidigt, soweit die Verteidigung erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden, und der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht.“

Wenn die Begründung (21) hierzu sagt, daß die neue Normierung gegenüber der alten von 1925 beträchtlich an Bestimmtheit gewonnen habe, indem sie — innerhalb der Grenzen der erforderlichen Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff — das Verhältnis der Werte des verteidigten und des durch die Verteidigung verletzten Rechtsguts zum einzigen Maßstab der Rechtmäßigkeit erhebt, so ist dem sicherlich beizupflichten. Trotzdem ist auch dieser Vorschlag abzulehnen.

Die beiden jüngsten Entwürfe identifizieren die Befugnisse der Notwehr zu sehr mit denen des Notstands und verkennen damit die Unterschiede beider Institute. Wenn dies schon für den Entwurf

---

[56]) Vgl. dazu Liszt-Schmidt 183, der die Regelung des Entwurfs 1925 ablehnt. Ebenso Traeger G. S. 92, 305 ff.; Gerland, Der Entwurf 1925 S. 40 ff.; Coenders a. a. O. 890 ff. Dagegen zustimmend Heimberger (bei Aschrott-Kohlrausch) 77 ff.

[57]) Traeger und Gerland a. a. O.

1925 gilt, so trifft es in besonderem Maße für den Entwurf 1927 zu. Hier wird — direkt in Anlehnung an den § 228 B. G. B. — ausdrücklich Verhältnismäßigkeit von abgewendeter Gefahr und angerichtetem Schaden verlangt. Das kann nicht gutgeheißen werden. Aus dem Begriff der Notwehr ergibt sich, daß hier aus dem Gesichtspunkt der Güterabwägung grundsätzlich eine ganz andere Abgrenzung der Verhältnismäßigkeit erfolgen muß als etwa auf dem Gebiete des Notstandsrechts. Das haben wir oben nachzuweisen versucht. In Anwendung des Grundsatzes des überwiegenden Interesses besteht regelmäßig für den Angegriffenen und seinen Interessenkreis ein weit größeres und ausschließlicheres Schutzbedürfnis als für den rechtswidrigen Angreifer. Und auf die Regelfälle hat das Gesetz in erster Linie abzustellen. Nicht das Recht soll dem Unrecht, sondern das Unrecht dem Recht weichen. Die Notwehr ist nicht zuletzt ein wirksames Mittel zur Bekämpfung und Unterdrückung des Unrechts. Die natürlichen Regungen des zu Unrecht Angegriffenen dürfen nicht gänzlich ignoriert werden. Es macht doch einen grundsätzlichen Unterschied, ob ich im Notstand in fremde Interessen einzugreifen mich genötigt sehe oder ob ich einen böswilligen, durch nichts gerechtfertigten Angriff eines Menschen abzuwehren gezwungen bin. Bei Einführung der von den Entwürfen 1925 und 1927 geforderten Verhältnismäßigkeit „entsteht eine theoretische Harmonie, die mehr auf privat- als auf strafrechtliche Aufgaben gestimmt ist und sich in der Praxis erst noch bewähren muß, jedoch voraussichtlich nicht immer bewähren wird“ [58]).

Die angeführten Gesichtspunkte sind denn auch letztlich dafür ausschlaggebend gewesen, daß neuerdings die Reichstagskommission [59]) den § 24 Abs. 1 des Entwurfs von 1927 abgelehnt hat. Nach den Drucksachenberichten führte der Berichterstatter Abgeordneter Dr. Hanemann (DNV.) bei der Beratung des § 24 u. a. aus: „In der heutigen Zeit mit ihrer Gesetzlosigkeit und Brutalität und ihren zahlreichen schweren Angriffen auf Leben und Güter, die sehr oft mit rücksichtsloser Energie und zynischem Gleichmut durchgeführt würden, halte er es aber für bedenklich, die Rechtmäßigkeit der Verteidigung gegen rechtswidrige bewußte Angriffe von Menschen davon abhängig zu machen, daß der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden stehe. Eine derartige Prüfung sei außerordentlich schwer, wenn nicht in sehr vielen Fällen unmöglich. Sie bringe den gesetzestreuen Beachter von vornherein in eine ungünstige und gefährliche Lage. Der Notwehr müsse ein weiterer Spielraum gewährt werden, da der Bedrohte nicht wissen oder kombinieren könne, wessen er sich von dem Angreifer zu versehen habe. Andererseits eröffne der Entwurf der Geneigtheit zu rechtswidrigen Handlungen alle Möglich-

---

[58]) M. E. Mayer 281.

[59]) Vgl. die Drucksachenberichte des 32. Ausschusses (Reichsstrafgesetzbuch) über die 11. und 12. Sitzung vom 6. und 7. Oktober 1927.

keiten." Der Mitberichterstatter Abgeordneter Saenger (SPD.) äußerte sich in ähnlichem, den Gedanken der Proportionalität ablehnenden Sinne; Notwehr sei ein tatsächlicher und ein juristischer Begriff, der viel eher eine zu weite als eine zu enge Bestimmung ertragen könne; er sehe nicht ein, warum die bewährte Fassung des § 53 verlassen werden solle. Von den übrigen Rednern, die zu § 24 sprachen, verhielt sich lediglich Ministerialrat Schäfer (Preußisches Justizministerium) gegenüber dem Entwurf weniger ablehnend. Er bemerkte, daß der Standpunkt, das Maß der zulässigen Verteidigung rein auf die Intensität des Angriffs abzustellen, in der Praxis mitunter zu Mißständen geführt habe, für die man das Wort „Totschlagsmoral" geprägt habe. Die Bedenken, die gegen eine Abwägung der beiderseits in Betracht kommenden Rechtsgüter geltend gemacht würden, verstehe er, doch würde er es bedauern, wenn die Streichung der Schlußworte des ersten Absatzes so aufgefaßt würde, daß künftig lediglich die Intensität des Angriffs maßgebend sein und die Relation der beiderseitigen Rechtsgüter gar keine Rolle spielen solle; er könne sich nicht denken, daß es der Volksüberzeugung entspreche, zum Schutz eines angegriffenen geringwertigen Gutes eventuell sogar fremdes Leben zu vernichten. Das Ergebnis der Beratungen war, daß die Reichstagskommission auf Antrag der Deutschnationalen und der Sozialdemokraten unter Zustimmung der übrigen Parteien zur Notwehrdefinition des geltenden Rechts zurückkehrte.

Eine so radikale Ablehnung des Gedankens der Güterabwägung ist nach unseren früheren Darlegungen nicht gerechtfertigt. Die unleugbaren Mißstände auf dem Gebiete des Notwehrrechts müssen beseitigt werden. Das ist durchaus möglich, ohne den besonderen Charakter der Notwehr anzutasten. Den von uns als richtig erkannten Forderungen wird ein von Coenders [60]) formulierter Zusatz zur Notwehrnorm des geltenden Rechts gerecht. Er lautet:

„Eine Notwehr ist nicht gestattet, soweit sie zu dem von dem Angriff drohenden Nachteil in einem offenen und bedeutenden Mißverhältnis stehen würde."

Diese Fassung ist bestimmt und klar genug gehalten, um allen von uns gerügten Mißständen des Notwehrrechts zu steuern. Die Einschränkung erstreckt sich nicht nur auf das Gebiet der Sach- oder Vermögensnotwehr, sondern auch auf die Notwehr zur Verteidigung der Person (man denke besonders an die minderwichtigen Persönlichkeitsrechte in ihren feineren Ausstrahlungen, z. B. Freiheit und Ehre). Eine weitergehende sozialethische Beschränkung der Notwehr ist nach unseren früheren Darlegungen nicht geboten. Den von den Entwürfen 1925 und 1927 mit ihren Abänderungsvorschlägen verfolgten Zweck, „brutale Abwehrhandlungen gegen Angriffe auf Rechtsgüter unbedeutenden Wertes als unrechtmäßig zu kennzeichnen" [61]), erfüllt auch die von uns vorgeschlagene, aber gegenüber den

---

[60]) J. W. 1925 S. 893.

[61]) Begründung zum Entwurf 1927 S. 21 (Reichstagsvorlage).

Entwürfen enger gefaßte Formulierung. Sie scheint uns die im Interesse der Rechtssicherheit erforderliche größtmögliche Bestimmtheit der Normierung zu erreichen [62].

[62]) Traeger a. a. O. formuliert den hier im Anschluß an Coenders vertretenen Gedanken folgendermaßen: „Die Verteidigung ist insoweit unzulässig, als sie gegen die sittlichen Anschauungen der Rechtsgenossen in gröblicher Weise verstößt." Wir geben der Fassung von Coenders den Vorzug, weil sie den die Notrechte beherrschenden Grundgedanken der Güterabwägung gut zum Ausdruck bringt. Daß der Richter im Einzelfall auf die „sittlichen Anschauungen der Rechtsgenossen" zurückgreifen muß, ist richtig. Der Hinweis Traegers auf die Ethik bleibt aber besser aus dem Gesetz weg.

Teil II.

Die Verletzung von Rechtsgütern Unbeteiligter im Gebiete der Notwehr.

Der zweite Teil unserer Darstellung soll der Untersuchung der Frage gewidmet sein, ob unter den Begriff der Notwehrverteidigung auch die Verletzung eines in Mitleidenschaft gezogenen unbeteiligten Rechtsgutes fällt. Wir stellen die Frage im weitesten Sinne: gemeint sind Eingriffe in Rechtsgüter, die nicht oder wenigstens nicht ausschließlich dem Angegriffenen zugehören. Hinsichtlich der Rechtsgüter des Angegriffenen kann kein Zweifel aufkommen; ihre Verletzung ist in jedem Fall ausschließlich aus dem Gesichtspunkte der Notwehr zu rechtfertigen.

Die nachfolgende Darstellung unterscheidet folgende drei Hauptfälle:

a) Der Notwehrer verletzt bei der Abwehr die vom Angreifer benutzten, einem Dritten gehörigen Angriffsmittel.

b) Der Notwehrer kann den Angriff nur dadurch abwehren, daß er außer dem Angreifer auch fremde Rechtsgüter verletzt (Konkurrenzfälle).

c) Der Gegenangriff des Notwehrers geht ganz oder teilweise fehl und zieht dabei fremde Rechtsgüter in Mitleidenschaft (Aberrationsfälle).

§ 10. Die Angriffsmittel als Rechtsgüter Unbeteiligter.

Die Verletzung fremder Rechtsgüter bei Ausübung der Notwehr will ein Teil der Schriftsteller stets durch Notwehr legitimiert wissen. Andere behaupten, die Verletzung eines Dritten sei nie Notwehrakt. Trotz dieser grundlegenden Meinungsverschiedenheit stimmen jedoch in einem Punkte fast alle Schriftsteller überein: Die Verletzung der einem Dritten gehörenden Angriffsmittel fällt noch in den Begriff der Notwehr. Begründungen für diesen Satz werden entweder überhaupt nicht gegeben oder nur ganz knapp angedeutet.

Binding scheint der erste gewesen zu sein, der auf diese Fälle die Bestimmungen der Notwehr angewandt hat. Er schreibt [1]): „Wenn

[1]) **Handbuch 750 Anm. 68.**

zur Notwehr erforderlich ist die Verletzung von Rechtsgütern eines andern als des Angreifers — dieser führt etwa fremde Waffen —, so konkurrieren Notwehr- und Notstandslage allerdings miteinander und die Notstandsverletzung wird insofern statthaft, als sie zur Notwehr erforderlich ist.“ Binding wendet sich mit dieser Bemerkung gegen die damals herrschende Auffassung, jene Fälle gehörten dem Gebiete des Notstandes an [2]). Da die Zulässigkeit des Notstandes aber davon abhängig ist, daß die Beseitigung der Gefahr auf andere Weise nicht möglich ist, so wäre der Angegriffene in den Fällen, in denen er sowohl durch Ausübung der Notwehr gegen den Angreifer als auch durch eine Notstandshandlung gegen die fremden Angriffsmittel die Gefahr abwenden kann, gezwungen, sich nur gegen den Angreifer zu wenden. Die fremden Angriffsmittel dürfte er hingegen nicht verletzen, da ihre Verletzung nur eine Möglichkeit neben anderen zur Rettung aus der Gefahr ist. Droht der ungeschickte Sonntagsreiter jemanden zu überreiten, so wäre demnach der Bedrohte berechtigt, das Pferd unter den Voraussetzungen der Notwehr zu töten, wenn es im Eigentum des Reiters steht. Gehört das Pferd aber einem Dritten, so dürfte der Angegriffene es nur dann straflos töten, wenn die engeren Voraussetzungen des Notstandes vorliegen. Daß eine solche Unterscheidung den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht wird, liegt auf der Hand. Häufig weiß der Angegriffene nicht oder nicht genau, in wessen Eigentum die Angriffsmittel stehen. Aber auch wenn er genau weiß, daß sie einem Fremden gehören, so würde die Anwendung des Notstandsrechts eine ganz unangebrachte Erschwerung der Verteidigung bedeuten. Solche Bedenken haben Binding offenbar veranlaßt, diese Fälle der Notwehr zu unterstellen, insoweit sie zu dieser erforderlich sind. Der Gedankengang Bindings ist jedoch zu beanstanden. Es erscheint zwecklos, eine Handlung dem Gesichtspunkt des Notstandes zu unterstellen, wenn man doch ihre Rechtmäßigkeit nicht aus den Grundsätzen des Notstandes, sondern aus denen der Notwehr herzuleiten versucht.

Nach Finger [3]) kann die Abwehrhandlung, die neben dem Angreifer noch Dritte verletzt, nur als Notstandshandlung straflos bleiben. Bezüglich fremder Angriffsmittel bemerkt er: „Greift der A. den X. an und bedient er sich bei diesem Angriff eines kostbaren, dem B. gehörigen eingelegten Säbels, dann kann der X. bei der Abwehr dieses Angriffs die kostbare Waffe des B., ebenso die etwa dem A. nicht gehörigen Kleider, die er bei Vornahme des Angriffs an hat, beschädigen, zerstören. Die Beschädigung von Sachen unter den erwähnten Verhältnissen fällt unter den § 227 B. G. B. Die Zulässigkeit der Abwehrhandlung schließt in sich die Zulässigkeit derartiger mit der Abwehrhandlung regelmäßig gegebener Beschädigungen.“ Warum Finger ausdrücklich auf § 227 B. G. B. Bezug nimmt, ist unerfindlich. Die Straflosigkeit derartiger Handlungen ist doch in erster Linie aus dem Strafrecht zu begründen.

---

[2]) So z. B. Janka 33, Hälschner 485.

[3]) 393 und Anm. 501 daselbst.

Etwas ausführlicher ist Oetker[4]). „Die Verletzung bestimmter fremder Sachen in Notwehr wird, obwohl sie nicht dem Angreifer gehörten, durch die Gestaltung der Verteidigung derart juristisch absorbiert, daß sie als Notwehrhandlung, nicht als konkurrierende Notstandsverletzung in Anschlag kommt. Das trifft zu für Beschädigung der Angriffsmittel, z. B. des gehetzten fremden Hundes, und der vom Angreifer beim Angriff innegehabten Sachen, z. B. des von ihm getragenen gestohlenen Rockes. Die erlaubte Verteidigung kann nur sein Verteidigung gegen den Angreifer samt den ihm dienenden instrumentis sceleris und in seiner konkreten Beschaffenheit beim Angriff. Dieses Selbstverständliche im Gesetze besonders zu sagen, fehlt jeder Anlaß."

Bei Merkel-Liepmann heißt es nur kurz: „Die Abwehr muß eine Richtung haben gegen den Angreifer, diesen oder seine Werkzeuge treffen"[5]). Dabei bleibt unklar, ob die Worte „seine Werkzeuge" den engeren Sinn „die dem Angreifer gehörigen" oder den weiteren „die vom Angreifer gerade innegehabten Werkzeuge" haben sollen.

Die meisten übrigen Schriftsteller äußern sich nicht näher zu der Frage. Bei einem Teil von ihnen folgt die Stellungnahme zu unserer Einzelfrage unmittelbar aus ihrer Auffassung von dem hier behandelten Gesamtproblem. So wenn Frank[6]) und M. E. Mayer[7]) erklären, daß der Eingriff in die Rechtsgüter unbeteiligter Personen innerhalb der Notwehrgrenzen liege, sofern diese Verletzung ein Bestandteil der gegen den Angreifer gerichteten Verteidigung sei.

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, beruft sich keiner der angeführten Schriftsteller für seine Auffassung unmittelbar auf das Gesetz. In der Tat läßt uns der Wortlaut des § 53 St. G. B. im Stich. Wir können aus dem vom Gesetz statuierten Notwehrbegriff allenfalls entnehmen, daß die Verteidigung, die in einem Gegenangriff sich äußert, eine Richtung gegen den Angreifer haben muß. Werden der Angreifer oder die ihm gehörigen Angriffsmittel verletzt, so ist zweifellos all dies durch die Notwehrhandlung gedeckt. Wie es aber um die Rechtmäßigkeit von Verletzungen fremder Rechtsgüter steht, die vom Angreifer als Angriffsmittel benutzt werden, darüber gibt das Gesetz direkt keinen Aufschluß. Um zu dem richtigen Ergebnis zu kommen, muß man sich daher Sinn und Zweck des Notwehrparagraphen vergegenwärtigen. Wir sehen den Grund der Notwehr in dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Die Rechtsordnung bewertet die Interessen des Angegriffenen höher als die des Angreifers und erhebt so das Unrecht zum Recht. Die Interessen des rechtswidrig Angegriffenen sind, wie wir oben dargetan haben, regelmäßig weit schutzbedürftiger und schutzwürdiger als die des Angreifers. Daher müssen alle Rechtsverletzungen, welche diesem Schutz-

[4]) Vgl. Darst. A. T. II 293 f.

[5]) 184.

[6]) § 53 Anm. II.

[7]) 281 f. Ebenso Heimberger a. a. O. 78, Schwartz 171, Gerland 114.

bedürfnis Rechnung tragen, durch die Notwehr selbst gedeckt sein. Die erforderliche Abwehr rechtswidriger Angriffe ist durch die Verletzung der Angriffsmittel, einerlei ob sie dem Angreifer gehören oder nicht, geradezu bedingt. Die Verteidigung des Notwehrers würde weitgehend lahmgelegt werden, wenn er Rücksicht darauf nehmen sollte, wem die vom Angreifer benutzten Werkzeuge gehören. Eine Prüfung dieser Frage kann dem Angegriffenen unmöglich zugemutet werden. Das Schutzbedürfnis ist für ihn genau das gleiche, mögen die vom Angreifer benutzten Angriffsmittel diesem oder einem Dritten gehören. Diese Ueberlegungen treffen ohne Einschränkung jedoch nur zu hinsichtlich der vom Angreifer innegehabten fremden S a c h e n. Benutzt der Angreifer dagegen einen Menschen als Werkzeug zum Angriff, indem er etwa ein Kind oder einen Unzurechnungsfähigen zum Schutze vor sich hält oder sonst hinter einem Menschen Deckung sucht, so ist die gewöhnliche Meinung, daß auch hier alle Verletzungen durch Notwehr gedeckt seien, nicht angebracht. In der Literatur wird dieser Fälle in diesem Zusammenhang keine Erwähnung getan; doch scheinen auch die meisten Schriftsteller, wie aus den von ihnen gewählten Beispielen hervorgeht, Menschen als vom Angreifer benutzte Angriffsmittel nicht hierher rechnen zu wollen. Rein äußerlich (objektiv) unterscheiden sich die beiden Fälle schon dadurch, daß ein als Angriffsmittel in Mitleidenschaft gezogener Mensch stets als vom Angreifer verschiedene Person erkannt wird, während sich die Eigentumsverhältnisse der vom Angreifer benutzten fremden Sachen regelmäßig der Kenntnis des Notwehrers entziehen. Ueber die anderweitige Beurteilung solcher Fälle, in denen ein Mensch als Angriffsmittel in Betracht kommt, wird im folgenden Abschnitt die Rede sein.

Unsere bisherigen Betrachtungen kommen also mit der h. M. zu dem Ergebnis, daß die Verletzung der einem Dritten gehörenden Angriffsmittel noch in den Begriff der Notwehr fällt [8]).

§ 11. Die Konkurrenzfälle.

Hier handelt es sich um die Fälle, in denen der Notwehrer den Angriff n u r dadurch abwehren kann, daß er außer dem Angreifer auch fremde Rechtsgüter verletzt [9]). Diese können Rechtsgüter des Einzelnen oder der Gesamtheit sein.

Die Verletzung fremder Rechtsgüter kann auf verschiedene Art herbeigeführt werden; einmal dadurch, daß die eine Verteidigungshandlung sowohl ein Rechtsgut des Angreifers als auch eines Dritten verletzt. Beispiel: Der Notwehrer kann den Angriff nur durch einen Schuß abwehren, der neben dem Angreifer auch einen unbeteiligten Dritten treffen wird. Die Verletzung des Dritten hintanzuhalten, wäre nur dadurch möglich, daß der Notwehrer auf den Schuß ver-

---

[8]) Vgl. noch außer den bereits Angeführten Köhler 351, Allfeld 130, Liszt-Schmidt 187, Kroner 66 ff., R. G. 58, 27 ff. und die meisten anderen.

[9]) Und zwar abgesehen von den Angriffsmitteln, soweit diese fremde Sachen sind.

zichtet. Der Angegriffene kann aber auch durch den Eingriff in fremde Rechtsgüter sich erst die Mittel zur Verteidigung verschaffen; er entreißt z. B. einem Vorübergehenden den Spazierstock und schlägt diesen auf dem Angreifer entzwei. Endlich gehören hierher die Fälle, in denen der Angreifer einen Menschen als Angriffsmittel benutzt.

Diese Fälle sind es vor allem, die man im Auge hat, wenn man kurz von „Verletzung Dritter" oder „Unbeteiligter" spricht. Sie haben in der Literatur, wie oben schon angedeutet, verschiedene Behandlung erfahren.

Nach der einen Ansicht deckt die Notwehr, sofern nur deren Voraussetzungen gegeben sind, sowohl Verletzungen des Angreifers als auch Dritter. „Das Gesetz erklärt die Verteidigungshandlung schlechthin für straflos, mithin auch insofern, als sie gleichzeitig dritte Personen verletzt" [10]). Man beruft sich dabei auf den ersten Absatz des § 53 St. G. B., welcher der ganzen ungeteilten Notwehrhandlung Straflosigkeit zusichert. Vernünftigerweise könne man die Abwehrhandlung nur als ein Ganzes betrachten, andernfalls müßte die über den Angreifer hinauswirkende Abwehrhandlung in zwei Teile zerlegt werden, deren erster eine Verteidigung gegen den Angreifer, deren zweiter ein Angriff gegen den unbeteiligten Dritten wäre — jener rechtmäßig, dieser unter Umständen rechtswidrig und strafbar. Das Gesetz sage auch nichts davon, daß die Notwehr nur in einer Verletzung des Angreifers bestehen dürfe [11]).

van Calker schlägt einen anderen Weg ein, um zu dem gleichen Ergebnis zu kommen [12]). Er versteht unter „Verteidigungshandlungen" alle diejenigen Handlungen, die gegen den Angreifer gerichtet sind. Ohne Bedeutung ist es, ob die Verteidigungshandlung auch den Angreifer verletzt. Vielmehr liegt das Entscheidende nur in der Richtung der Abwehrhandlung, nicht auch in ihrem Erfolg. Richtet dagegen der Notwehrer die Verteidigungshandlung gegen einen unbeteiligten Dritten, etwa in der Absicht, sich durch Verletzung desselben Verteidigungsmittel zu verschaffen, so liegt Notstand vor. Durch diese Interpretation des § 53 St. G. B. gelangt van Calker zu demselben Ergebnis wie die eben angeführten Schriftsteller, die gleich van Calker einen über die (Verteidigungs-) Handlungseinheit hinausgehenden Eingriff in die Interessen eines Dritten — selbst wenn er mit der Verteidigungshandlung in Verbindung steht — als außerhalb der Notwehrsphäre liegend betrachten [13]).

Man wird nun sicherlich Tobler Recht geben, wenn er sagt, daß durch die skizzierte Interpretation des Notwehrparagraphen ein Notwehrrecht sanktioniert werde, „dessen Energie geradezu verblüffend wirkt, und das in der Hand des Angegriffenen zu einer Waffe wird,

---

[10]) Frank § 53 Anm. II.

[11]) So Heimberger a. a. O. 78, Gerland 114, M. E. Mayer 281 f. und die bei Frank § 53 Anm. II Angeführten.

[12]) Grundr. 31 und Z. St. W. 12, 443 ff.

[13]) Vgl. M. E. Mayer und Frank a. a. O.

im Vergleich zu welcher unsere, mit dem Vorwurf der Totschlägermoral behaftete Notwehr ein harmloses Kinderspielzeug ist“ [14]).

Den Vertretern eines so weitgehenden Notwehrrechts läßt sich zunächst entgegenhalten, daß der Notwehrer, wenn er einen Dritten verletzt, diesen durchaus nicht abwehrt, sondern ihn im Gegenteil seinerseits angreift. Den Angriff eines Unbeteiligten wehrt der Notwehrer gar nicht ab, denn der Unbeteiligte unternimmt keinen Angriff. Der verletzte Dritte ist am Angriff regelmäßig völlig unbeteiligt, nur in seltenen Ausnahmefällen wird er als Angriffsmittel benutzt werden. Soll es da wirklich nach dem geltenden, auch die schärfste Art der Abwehr gestattenden Notwehrrecht erlaubt sein, jede am Angriff nicht beteiligte dritte Person oder sonstige fremde Rechtsgüter in dem weiten Rahmen der Notwehr zu beeinträchtigen? Das kann nicht der Sinn des Notwehrparagraphen sein. Er ist offensichtlich nur auf den rechtswidrigen Angreifer zugeschnitten. Die wertvollsten Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit sollen dem Angegriffenen nicht beliebig preisgegeben werden. Das Gegenteil kann kein vernünftiger Gesetzgeber wollen. Eine ausdrückliche Regelung hat der Strafgesetzgeber im § 53 St. G. B. zwar nicht getroffen, weil ihm das überflüssig erschien [15]). Dennoch ist eine ausdrückliche gesetzliche Stellungnahme in den weiteren dem Notrecht gewidmeten gesetzlichen Normen enthalten: in den Vorschriften über den Notstand sagt es der Gesetzgeber mit großer Kraft und Bestimmtheit, daß gegenüber der Rechtssphäre nicht angreifender dritter Personen ganz andere, eine größere Schonung gebietende Grundsätze zu gelten haben [16]). Soweit bei der Notwehr Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit verletzt werden, handelt es sich demnach um typische Fälle von Interessenkollisionen, wie sie im B. G. B. und St. G. B. in allerdings nur unvollkommener kasuistischer Aufzählung geregelt sind. Man spricht hier treffend von Konkurrenzfällen. Denn ebenso wie bei der Verbrechenskonkurrenz unterliegen hier mindestens zwei „an sich“ strafbare Handlungen derselben Person gleichzeitig der richterlichen Beurteilung.

Damit haben wir zugleich eine befriedigende Lösung des Problems aus dem von uns vertretenen Prinzip des überwiegenden Interesses gegeben. Ein Angegriffener, der erkennt, daß er durch die Abwehrhandlung außer dem Angreifer Dritte verletzen wird, muß sich durch die diesem gegenüber gebotene Rücksicht mitbestimmen lassen, d. h. sein Vorgehen kann nur im Notstandsrecht die Rechtfertigung finden. Eine solche Betrachtung aus dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses ermöglicht auch in der Praxis eine die gesamte Interessenkollision gerecht ausgleichende Behandlung jedes Einzelfalles; dies um so mehr, nachdem auch das Reichsgericht neuer-

---

[14]) 139.

[15]) Vgl. Motive Bd. I, 349: „Die Frage darf um so eher auf sich beruhen, als sie nur geringe praktische Bedeutung hat.“

[16]) So in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung Coenders, J. W. 1925 S. 892. Vgl. auch Mezger, Z. St. W. 47 S. 478.

dings den Grundsatz der Güterabwägung anerkannt hat (Strafsachen Bd. 61 S. 254)[17]).

Ebenso wie wir betrachten wohl heute die meisten Schriftsteller die hier behandelte Streitfrage unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenz von Notwehr und Notstand. So vor allem Finger (392 ff.), Binding (Grundr. 189, anders Hdb. 750), Liszt-Schmidt (187), Allfeld (129), Beling (34), Köhler (351), Oetker (Vgl. Darst. A. T. II 291 ff.), v. Tuhr (585 Anm. 38). Auch das Reichsgericht hat sich ausdrücklich in diesem Sinne ausgesprochen[18]).

Bevor wir im folgenden noch kurz auf die vielbesprochene Reichsgerichtsentscheidung Bd. 21 S. 168 eingehen, müssen wir zu einem gegen die Güterabwägungstheorie und ihre Konsequenzen häufig vorgebrachten Einwand Stellung nehmen, den Schwartz[19]) ungefähr in die folgenden Worte gekleidet: „Die Charakterisierung des Notstandes als die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere Recht dem größeren weichen muß, kann mangels jeglichen objektiven Maßstabes nicht durchgeführt werden. Dem Täter steht das eigene Recht immer höher.“ Der Einwand wiegt im ganzen verhältnismäßig leicht. Die Praxis löst tagtäglich die Schwierigkeiten, die sich in Anwendung der Güterabwägungstheorie ergeben. Klagen sind noch nicht laut geworden[20]). Aber die Frage bedarf der Klärung: ist die Interessenbewertung nach objektiven oder nach subjektiven Gesichtspunkten vorzunehmen? Von vornherein ist klar, daß der rein subjektive Maßstab versagt. Die Frage, ob der Täter sich auf ein Notrecht berufen darf, kann nicht seinem willkürlichen Ermessen anheimgestellt werden. Aber auch eine schroff entgegengesetzte Theorie führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Jeder Versuch, die in Frage kommenden Rechtsgüter von einem objektiven Standpunkt aus gegeneinander abzuwägen und in einer allgemein gültigen Wertskala einzugliedern, wird mißlingen. Das Gesetz gibt in den für einzelne Verbrechen statuierten Strafrahmen nur gewisse Anhaltspunkte für die Bewertung einzelner Güterarten[21]). Wie soll die Bewertung der Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und Ehre gegenüber materiellen Gütern allgemeingültig erfolgen? Jene verdienen vor den materiellen Gütern gewiß den Vorzug. Aber doch nicht immer: eine leichte Körperverletzung oder eine Freiheitsberaubung können nach Sachlage gegenüber einem drohenden bedeutenden Vermögensverlust als das geringere Uebel bezeichnet werden. Einen rein objektiven Maßstab aufzustellen, ist also ebenfalls unmöglich. Es bleibt nichts anderes übrig, als den Mittelweg zu wählen und eine aus subjektiven und objektiven Momenten zusammengesetzte Richtschnur zu geben. Eine Formulierung dieses Gedankens ist bisher in der Literatur nur ganz

---

17) Vgl. oben § 1.

18) R. G. 58 S. 27 ff. (29).

19) 174 (172).

20) So auch die Begründung zum Entwurf 1927 S. 21.

21) Vgl. dazu auch R. G. 61, 254 f.

vereinzelt versucht worden. Binding[22]) sagt: „. . . . Da die Rechtsordnung gar nicht unternehmen kann . . . individuelle Wertrelationen ein für allemal festzustellen, so bleibt ihr kaum etwas anderes übrig, als den Grundsatz, daß es unverboten sei, das höhere Gut auf Kosten des minderwertigen zu retten und das gleichwertige auf Kosten des gleichen, auszulegen nicht nach dem Werte der Güterarten, sondern nach dem Werte der einzelnen Rechtsgüter, die ja auch allein zusammenstoßen können. Danach wäre im einzelnen Falle die Frage aufzuwerfen, ob der Urheber der Notstandsverletzung in diesem Falle mit Recht abwich von der allgemeinen Wertung der Güter bzw. Pflichten oder in Ermangelung einer solchen eine sachgemäße Schätzung vornahm . . .“. Ebenso will Rudolf Merkel[23]) objektive und subjektive Gesichtspunkte berücksichtigt wissen: „Ist ein regelmäßig höher gewertetes Interesse zugunsten eines regelmäßig niedriger gewerteten verletzt worden, oder ein solches Interesse, für welches keine generelle Wertung besteht, so kommt es darauf an, ob das in der Aufopferung desselben sich aussprechende Werturteil des Einzelnen vom Richter als nach Lage des Falles in Uebereinstimmung mit dem gesellschaftlichen Werturteil stehend befunden . . . wird.“ Den gleichen Gedanken bringen auf eine kürzere Formel Graf zu Dohna[24]): „Die Proportion, innerhalb deren solche Schadensabwälzung sich halten muß, bemißt sich nach den im Leben geltenden Kulturanschauungen“ und van Calker[25]): „Maßstab . . . . ist die Auffassung aller gerecht und billig denkenden Menschen, nicht die Ueberzeugung des Gefährdeten.“

Der Erkenntnis, daß die Berücksichtigung objektiver und subjektiver Gesichtspunkte der einzig gangbare Weg zur Lösung des Problems ist, hat man sich auch bei den Arbeiten an der neuen Strafrechtsreform nicht verschlossen. Nach dem Vorgang ausländischer Kodifikationen[26]) will man den Schritt zu einer erschöpfenden Regelung des Notrechts im Strafgesetzbuch wagen. Wenn auch in wichtigen Fragen nicht alle Wünsche erfüllt worden sind, so kann doch der vom Entwurf 1927 im § 25 Abs. 1 vorgeschlagenen Formel grundsätzlich zugestimmt werden. Sie lautet: „Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn ihm oder dem Gefährdeten

---

[22]) Handb. 767 f.

[23]) „Die Kollision rechtmäßiger Interessen . . . .“ 78.

[24]) Recht und Irrtum 12.

[25]) So Grundr. 34 in Anlehnung an die Begründung des Entwurfs 1927 zum Notstandsparagraphen (S. 23). Daß der Entwurf im § 25 Abs. 3 Einwirkungen auf Leib und Leben nur zum Schutz von Leib und Leben für zulässig erklärt, kann nicht gebilligt werden.

[26]) Vgl. § 46 des russischen St. G. B. vom 22. 3. 1903; § 37 des japanischen St. G. B. vom 23. 4. 1907 (Z. St. W. Bd. 28); Art. 46 des bulgarischen St. G. B. vom 2. 2. 1896 (Z. St. W. Bd. 18); § 55 des Vorentwurfs zu einem serbischen St. G. B. von 1911 (Z. St. W. Bd. 34). Ferner § 10 der österreichischen Regierungsvorlage von 1913 und § 33 des Schweizer Entwurfs vom 23. 7. 1918.

unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten ist, den drohenden Schaden zu dulden."

Nachdem wir so die theoretische Grundlage für die praktische Behandlung konkreter Einzelfälle gewonnen haben, betrachten wir noch kurz den der Entscheidung des R. G. in Strafsachen Bd. 21 S. 168 ff. zugrunde liegenden Fall.

Ein Pfarrer, der mit einem Teile der Gemeinde und deren Bürgermeister wegen verschiedener Vorgänge zerfallen war, beleidigte in grober Weise bei der Predigt vor versammelter Gemeinde eine Anzahl seiner Zuhörer und insbesondere auch den anwesenden Bürgermeister. Da weitere beleidigende Aeußerungen zu erwarten waren, erhob sich der Bürgermeister, rief dem Pfarrer die Worte „Ruhe! Ruhe!" zu und verließ mit einigen anderen Personen ohne alles Geräusch die Kirche. Infolge dieses Vorfalles wich der Pfarrer von seinem wohlmemorierten Konzept ab. Er mußte einige Sätze einschieben, bis er den verlassenen Faden seiner Rede wiederfand. Eine eigentliche Unterbrechung der Predigt trat jedoch hierdurch nicht ein. Wegen Störung des Gottesdienstes gemäß § 167 St. G. B.[27]) angeklagt, verteidigte sich der Bürgermeister damit, er habe durch seinen Zuruf nur die drohenden weiteren Beleidigungen des Pfarrers abwehren wollen, sich also in Notwehr befunden. Das Reichsgericht betrachtete das Vorgehen des Bürgermeisters in Uebereinstimmung mit dem Urteil des Landgerichts aus dem Gesichtspunkt der Notwehr als gerechtfertigt.

In der Begründung seiner Entscheidung führt das R. G. aus, daß die Strafbarkeit aus § 167 St. G. B. dann entfalle, wenn der Täter zur Vornahme der eine Störung des Gottesdienstes darstellenden Handlung ein Recht habe. Das Notwehrrecht habe überall dort Geltung, wo seine Voraussetzungen gegeben seien; das Recht brauche dem Unrecht nirgends zu weichen. Der Angegriffene könne den Ort der Verteidigung nicht wählen, da dieser ihm durch den rechtswidrigen Angriff aufgedrängt worden sei. Das Reichsgericht kommt dann zu dem Ergebnis, daß alle Voraussetzungen der Notwehr vorlagen. „Daß durch den abwehrenden Zwischenruf des Angeklagten die Andacht der versammelten Gemeinde gestört wurde, die Handlung des Angeklagten also insofern auch gegen Dritte wirkte und diese belästigte, erscheint bei gegebener Sachlage unerheblich" (171).

Wie diese letzte, am Schluß der Entscheidung ganz beiläufig erfolgte Bemerkung zeigt, hat das Reichsgericht eine eingehende Prüfung der Frage, ob etwa Notstand vorliegt, gar nicht vorgenommen. Es hat die hier interessierende Hauptfrage — die Strafbarkeit der Verletzung fremder Rechtsgüter — offenbar nicht recht erkannt oder

[27]) Dieser § lautet: „Wer durch eine Tätlichkeit oder Drohung jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte durch Erregung von Lärm oder Unordnung den Gottesdienst oder einzelne gottesdienstliche Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgemeinschaft vorsätzlich verhindert oder stört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft."

jedenfalls vernachlässigt. Eine grundsätzliche Stellungnahme zu dem Problem kann man u. E. dieser Reichsgerichtsentscheidung nicht entnehmen [28]). Auch R. G. St. Bd. 58 S. 27 ff. (29) kommt auf die Frage kurz zu sprechen und führt hierzu folgendes aus: „Ob Eingriffe in .... Rechtsgüter unbeteiligter Dritter bei Ausübung der Notwehr .... straflos bleiben können, entscheidet sich .... überhaupt nicht nach den für diese aufgestellten besonderen Rechtsregeln, sondern ausschließlich nach den hierbei im allgemeinen maßgebenden Grundsätzen. Gegenteiliges ist auch dem Urteil des erkennenden Senats vom 24. November 1890 (R. G. St. Bd. 21 S. 168 [171]) nicht zu entnehmen, bei dem es sich lediglich um die Störung der gottesdienstlichen Andacht einer Kirchengemeinde durch Abwehr beleidigender Aeußerungen des amtierenden Geistlichen, also überhaupt nicht um einen Angriff auf persönliche Rechte einzelner Dritter gehandelt hat." Die Begründung dieses letzten Satzes ist offenbar unzutreffend. Das Problem beider Entscheidungen ist für die erste Betrachtung das gleiche: hier verletzt der Notwehrer neben dem Angreifer noch dessen unbeteiligte Ehefrau, dort treffen die Verteidigungshandlungen des Bürgermeisters neben dem Angreifer noch das durch § 167 St. G. B. geschützte Rechtsgut des religiösen Gefühls. In beiden Fällen steht mithin die Frage des Eingriffs in fremde geschützte Rechtsgüter zur Entscheidung. Dabei macht es keinen Unterschied, welcher Art die fremden Rechtsgüter sind, ob es sich um solche des Einzelnen oder der Gesamtheit oder um welche immer handelt. Das verkennt das Reichsgericht. Der wirkliche Grund für die Disparität der den beiden Entscheidungen zugrunde liegenden Tatbestände ist vielmehr der: R. G. 58 S. 27 ff. betrifft einen typischen Aberrationsfall (s. unten § 12), R. G. 21 S. 168 ff. dagegen einen eigentlichen Konkurrenzfall. Nur aus diesem Grunde war nach den vom Reichsgericht vertretenen Grundsätzen im Sinne der Entscheidung Bd. 58 S. 27 ff. die Nichtherbeiführung einer Plenarentscheidung gerechtfertigt.

Das Verhalten des Bürgermeisters läßt sich aus dem Gesichtspunkt der Notwehr allein nicht rechtfertigen. Seine Handlungsweise stellt sich vielmehr als eine Konkurrenz von Notwehr- und Notstandshandlung dar. Soweit die Aeußerung sich gegen den Pfarrer richtete, ist sie als Notwehrhandlung zu charakterisieren, soweit sie das Rechtsgut des religiösen Gefühls, die Andacht der Gemeinde in Mitleidenschaft zog, ist sie aus dem Gesichtspunkt des Notstandes zu beurteilen. Berücksichtigt man nun, daß es sich um eine sehr schwere Beleidigung [29]) handelte, daß infolgedessen das Ansehen des Bürgermeisters auf dem Spiele stand, daß ferner von einer wahren

---

[28]) Frank § 53 Anm. II, der die Entscheidung im Ergebnis billigt, nimmt dies dagegen an. Wie der Text auch Liszt-Schmidt 187 Anm. 10.

[29]) Der Pfarrer äußerte sich in einer allen Zuhörern unmißverständlichen Weise in bezug auf den Bürgermeister u. a. dahin: er „sagte mit erheuchelter Gemütsbewegung und mit feuchten Augen, wie er so erbaut sei von meinen Predigten und wie noch keine solchen auf dieser Kanzel gehalten worden seien und sonstige ekelhafte Heucheleien."

Andacht, wenn überhaupt, so doch wohl nur bei einigen wenigen Zuhörern die Rede sein konnte, so müssen die Zurufe des Bürgermeisters im Notstand [30]) ihre volle Rechtfertigung finden.

Im übrigen halten wir die Anwendbarkeit des § 167 St. G. B. im vorliegenden Fall auch aus einem anderen Grunde für ausgeschlossen. Das durch § 167 St. G. B. geschützte Rechtsgut der Allgemeinheit ist die Betätigung des religiösen Gefühls, die Andacht oder die ungestörte Religionsausübung. Die Schmähungen des Pfarrers von der Kanzel verletzten nun schon das durch § 167 St. G. B. geschützte Rechtsgut. War aber die Andacht der Gemeinde bereits durch den Pfarrer selbst gestört worden, so kann man die sofortige Reaktion durch den Bürgermeister nicht als einen Angriff auf das religiöse Gefühl der Zuhörer bezeichnen. Das wird an einem anderen Beispiel sofort klar. Ein Pfarrer schießt etwa von der Kanzel herab. Wenn in der auf den Schuß folgenden Empörung und Verwirrung auch nur eines Teiles der Zuhörer einer von ihnen den Pfarrer durch Zurufe zu beeinflussen sucht, so kann in solchen Aeußerungen unmöglich eine Verletzung des religiösen Gefühls gefunden werden. Dieses ist durch das vorhergehende Tun des Pfarrers bereits verletzt worden. Eine Störung der Religionsausübung ist mithin begrifflich ausgeschlossen. Köhler [31]) gelangt zum Ausschluß des § 167 St. G. B. dadurch, daß er davon ausgeht, daß die Gottesdienststörung (§ 167) nur bedroht sein soll, wenn sie rechtswidrig ist. Bei einer rechtswidrigen Gottesdienstausübung verneint er den strafrechtlichen Schutz auch für die Zuhörer.

Die eben besprochene Reichsgerichtsentscheidung zeigt deutlich, daß in der Praxis die Interessenbewertung nach subjektiven **und** objektiven Gesichtspunkten erfolgen muß. Nur nach diesen Grundsätzen lassen sich Fälle, wie der von Frank [32]) angeführte, befriedigend lösen: ein Bauer bemerkt, wie seine Tochter während des Gottesdienstes unzüchtig betastet wird. Er kann ihr nur zu Hilfe kommen, indem er den Gottesdienst stört. Daß in solchen Fällen subjektive Wertungen mitsprechen müssen, sollte nicht bezweifelt werden.

Am Schluß dieses Abschnitts sei noch jener Fälle Erwähnung getan, in denen Notwehr nur geübt werden kann durch gleichzeitige Uebertretung sicherheits-, verkehrs- oder ordnungspolizeilicher Vorschriften (z. B. zu schnelles Fahren, nächtliche Ruhestörung, Fahren ohne Licht, verbotswidriges Schießen). Man wird Oetker darin zustimmen, daß die Notwehr eine Ausnahme vom Verbote schlechthin jedenfalls dann begründet, wenn im Einzelfall fremde Güter nicht gefährdet werden [33]). Die gesetzliche Gestattung der Notwehr unter den Voraussetzungen des § 53 St. G. B. steht einer polizeilichen Erlaubnis sicherlich gleich. In allen übrigen Fällen hat der gleichzei-

[30]) D. h. in dem vom R. G. jetzt anerkannten sog. übergesetzlichen Notstand. Vgl. darüber oben § 1. § 54 St. G. B. trifft nicht zu.

[31]) 352.

[32]) § 53 Anm. II.

[33]) „Notwehr und Notstand" 49 Anm.

tig im Notstand befindliche Notwehrer die Interessenabwägung nach den oben von uns entwickelten Grundsätzen vorzunehmen [34]).

§ 12. Die Aberrationsfälle.

Es handelt sich hier um die Fälle, in denen der Gegenangriff des Notwehrers ganz oder teilweise fehlgeht und dabei fremde Rechtsgüter in Mitleidenschaft zieht. Der Schuß des rechtswidrig Angegriffenen trifft nicht den Angreifer, sondern irrt ab und verletzt eine fremde Person oder fremdes Vermögen. Durch deren Verletzung ist jedoch keineswegs die Rettung des Notwehrers bedingt. Dieser Umstand rechtfertigt die gesonderte Betrachtung der Aberrationsfälle von den eben behandelten Konkurrenzfällen. Diese kann man kurz als Konkurrenzfälle im engeren Sinne, jene als solche im weiteren Sinne bezeichnen [35]).

Die Schriftsteller, die wie Frank, van Calker und M. E. Mayer die Abwehrhandlung in Richtung gegen den Angreifer als Verteidigungshandlung ansehen, erklären die Aberration allgemein durch die Notwehrhandlung als gedeckt. Einige wenige, wie v. Tuhr [36]) und Janka [37]), wollen diese Fälle dem Notstand unterstellen. Beides ist unrichtig. Von Notstand kann schon deshalb keine Rede sein, weil Rechtsgüter hier nicht derart kollidieren, daß das eine nur auf Kosten des anderen erhalten werden kann. Die richtige Betrachtung ergibt vielmehr folgendes Bild.

Wenn A. auf B. schießt, dieser Schuß aber nicht den gewünschten Erfolg hat, sondern C. verletzt, so ist die Tat des A. hinsichtlich der durch die Aberration hervorgerufenen Verletzung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen (durchaus herrschende Meinung). A. wird entweder wegen fahrlässiger Begehung der Tat strafbar sein oder, wenn ihm der Erfolg nicht zugerechnet werden kann (z. B. Zufall), straflos bleiben. Ebenso muß die bei der Notwehr unterlaufende Aberration gewürdigt werden. „Verwirklicht sich der dem Täter erwünschte Erfolg anstatt an dem von ihm allein ins Auge gefaßten Gegenstand an einem . . . . von ihm . . . nicht vorgestellten Gegenstand — ohne Verwechslung beider — lediglich infolge des Dazwischentretens von Umständen, die den von ihm gedachten Ursachenverlauf änderten (aberratio ictus), so liegt nur ein Versuch der beabsichtigten Straftat vor, mit dem sich je nach Lage des Falles bloß noch eine strafbare Fahrlässigkeitstat hinsichtlich des verletzten Gegenstandes verbinden kann“ [38]). Der Ver-

---

[34]) Vgl. dazu noch Oetker, Vgl. Darst. A. T. II 293, Köhler 352 und die dort Angeführten.

[35]) Diese Bezeichnung hat offenbar zuerst Kroner 77 gebraucht.

[36]) „Notstand im Zivilrecht“ 4.

[37]) 31. Ebenso Ogorek 53.

[38]) R. G. 58 S. 27 ff. (28) mit Angabe weiterer R.-G.-Entscheidungen. Ebenso Allfeld 176 f., Binding, Normen III 220—225, Köhler 307, Olshausen § 59 Anm. 27, Merkel-Liepmann 107, Traeger, Grundr. § 25.

such der beabsichtigten Tat ist mithin unter dem Gesichtspunkte der Notwehr zu beurteilen. Was über deren Rahmen hinausgeht, kann aus den oben von uns dargelegten Gründen nicht schlechthin straflos bleiben. Sonst würde es erlaubt sein, blindlings auf jeden Angreifer zu schießen, was gewiß nicht angeht. Wir kommen damit zu dem Ergebnis: Die Aberration bei der Notwehr ist strafbar, wenn sie zur Schuld zurechenbar ist, dagegen straflos, wenn sie auf Zufall zurückzuführen ist.

Lebenslauf.

Am 7. August 1902 wurde ich, Ernst Anton Oskar Eisenmann, Sohn des Landgerichtsrats Dr. Friedrich Eisenmann und dessen Ehefrau Ida, geb. Schellmann, in Altona geboren. Ich besuchte die Volksschule und die Gymnasien in Dortmund und Hanau sowie das Wilhelms-Gymnasium in Kassel, an dem ich Ostern 1922 die Reifeprüfung bestand. Vom Sommer-Semester 1922 bis zum Sommer-Semester 1925 studierte ich an den Universitäten in Freiburg, Kiel und Marburg Rechts- und Staatswissenschaften. Im Dezember 1925 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dieser Zeit bin ich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst als Referendar in Kassel tätig.